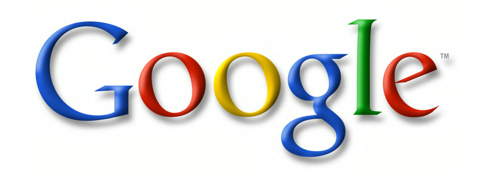
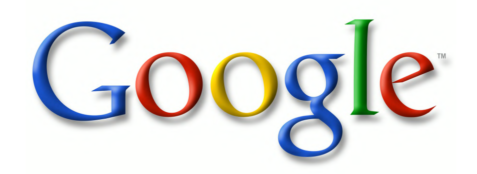
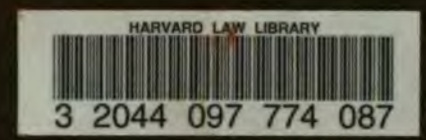






R. Sohm

Institutionen des römischen Rechts

IX. Auflage









INSTITUTIONEN.

GESCHICHTE UND SYSTEM DES RÖMISCHEN PRIVATRECHTS

VON

RUDOLPH SOHM,

PROFESSOR IN LEIPZIG.

DREIZEHNTE,
WESENTLICH UMGEARBEITETE AUFLAGE.



LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.
1908.

GEORG KAUFMANN

IN FREUNDSCHAFT ZUGEEIGNET.



Vorrede zur ersten Auflage.

Ein Institutionenlehrbuch — so wie ich es mir gedacht habe — zu schreiben, ist eine bescheidene, aber doch schwierige und, wie mir scheint, bedeutsame Aufgabe.

Es kommt nach meiner Ansicht darauf an, ein Buch zu haben, welches für den Anfänger geeignet sei, welches namentlich dazu dienen könne, sein Interesse an dem Gegenstand zu erwecken, der ihm dargelegt wird.

Unter diesem Gesichtspunkt schien mir das Hauptgewicht auf die Form der Darstellung fallen zu müssen. Es sollte versucht werden, den juristischen Gegenständen eine Gestalt zu geben, welche leichte Faſslichkeit mit Nachdruck des Inhalts verbindet und welche dadurch den Anfänger von vornherein in den Stand setzt, seine Wissenschaft nicht als eine Summe von Trockenheiten, sondern als die königliche Trägerin reichen geistigen Lebens zu erblicken. Das Szepter, welches die Wissenschaft führt, um die Welt des Stoffes in ein Reich triebkräftiger, Nahrung gebender, der Sonne des Ideals zugewandter Gedanken zu verwandeln, muſs sichtbar werden, um die Liebe zur Wissenschaft zu erwecken, welche die einzige wahre Mutter aller Studien ist. Ich bekenne offen, daſs mir in dieser Hinsicht die Institutionen Puchtas als, wenngleich nicht erreichbares, Vorbild vorgeschwebt haben.

Aber mit solcher Form muſs sich eine gewisse Beschränkung des Stoffes verbinden, — und in dieser Hinsicht schien

mir das Meisterwerk Puchtas nicht das Richtige getroffen zu haben. Es bietet zu viel für den Anfänger. Die Aufgabe kann nicht sein, die Zielpunkte einer rechtsgeschichtlichen Darstellung zu erreichen. Die Institutionen vermögen nicht zugleich die Rolle einer römischen Rechtsgeschichte zu übernehmen, schon deshalb, weil in den Institutionen die leitenden Gesichtspunkte dogmatischer Natur sind. In dieser Hinsicht teile ich völlig den Standpunkt, von welchem Hölder bei Abfassung seines trefflichen Institutionenlehrbuchs ausgegangen ist. Ebensowenig können andererseits die Institutionen in dogmatischer Hinsicht erschöpfend sein. Sie können nicht die Aufgabe haben, die Pandekten zu ersetzen und etwa ein kurzes und darum ungenügendes Pandektenlehrbuch darzustellen. Immer kann es nur darauf ankommen, die Kraft zu wecken, die Fähigkeit vorbereitend zu üben, welche dann in den Pandekten einerseits, in der römischen Rechtsgeschichte andererseits einer vollen wissenschaftlichen Aufgabe entgegengeführt werden soll.

Die eigentümliche Aufgabe der Institutionen ist nicht wissenschaftlicher, sondern pädagogischer Natur. Sie sollen weder Rechtsgeschichte noch Pandekten sein, aber sie sollen den angehenden Juristen erziehen, dafs er im stande sei, den Anforderungen, welche jene Disziplinen an ihn stellen, gerecht zu werden. Vorbereitung, das ist alles, was Institutionen zu gewähren im stande sind. Daher bedarf es der dogmatischen Darstellung, aber nur so, dafs eine Auswahl getroffen wird, welche die Haupttatsachen und die Hauptbegriffe hervortreten läfst, um denselben Schilderung und Definition, vielleicht unter Umständen nur eine grobe Definition zu teil werden zu lassen, deren Ausfeilung dann den Pandekten überlassen bleiben mag. Deshalb bedarf es ferner der rechtsgeschichtlichen Darstellung, aber nur, um von vornherein die unentbehrlichen geschichtlichen Kenntnisse zu vermitteln und zugleich dem Stoff die Perspektive und das Leben mitzuteilen, welches das Recht als das Kunstwerk der Jahrhunderte in sich trägt. Überall mufs als der oberste Zweck erscheinen: Eindrücke hervorzubringen, den Geist des angehenden Juristen in Tätigkeit zu setzen, ihn womöglich zu zwingen, dafs er an die Gegenstände seiner Wissenschaft herantrete, um die Welt der Wunder zu sehen,

welche sich ihm dort ankündigt. Nicht die Erledigung einer bestimmten stofflichen Aufgabe, sondern Anregung ist es, was an erster, ja vielleicht einziger Stelle notwendig ist.

Deshalb bin ich auch nicht der Meinung gewesen, etwa allen dogmatischen Schwierigkeiten ängstlich aus dem Wege zu gehen. Nein, es schien mir richtiger, dann und wann auch einmal einen Griff in schwierigere Fragen zu tun (z. B. S. 655 bei der Ausführung über die hereditas jacens), damit die Art juristischer Probleme und die Weise des Nachdenkens über dieselben an einem Beispiel sichtbar werde. Ebensowenig habe ich gemeint, auf dem Gebiete rechtsgeschichtlicher Fragen mich lediglich an das Überlieferte halten zu müssen. Auch hier ist unter Umständen (so S. 658ff. in Bezug auf die Entstehung der bonorum possessio) der Anfänger vor eine offene und schwierige rechtsgeschichtliche Frage geführt worden, wiederum in der Absicht, die Weise historischen Nachdenkens und zugleich den Reichtum der Wissenschaft an noch zu lösenden Fragen vermittelst eines Einzelfalles klar zu machen.

In dieser Weise dachte ich mir Stoff und Aufgabe. Formell ist das Justinianische Privatrecht als Ziel der Darstellung bezeichnet worden (§ 5). In dem Justinianischen Recht berührt sich die gesamte Vergangenheit des römischen Rechts mit den privatrechtlichen Ideen, welche noch heute unter uns leben. Darum konnte, wie mir schien, von diesem Standpunkt aus am besten eine Einleitung in die römische Rechtsgeschichte einerseits, in die Dogmatik unseres Privatrechts andererseits gegeben und damit die Aufgabe eines Institutionenlehrbuchs gelöst werden, — eine Aufgabe, welche zugleich (wie schon gesagt worden ist) die im ganzen leicht geschürzte, aber doch unter Umständen tiefer eindringende Art der Behandlung notwendig machte.

Von dem Vorrecht eines Institutionenlehrbuchs, keine Literatur zu zitieren, habe ich reichlich Gebrauch gemacht. Aber doch habe ich nicht gemeint, lediglich um des Prinzips willen keine Ausnahme machen zu dürfen. Ich habe vielmehr dann und wann Bücher zitiert, denen ich mich zu besonderem Danke verpflichtet fühle und von denen gehört zu haben schon dem Institutionisten nützlich ist. Dafs dabei mancherlei Ungleichheit und, um es so zu nennen, Ungerechtigkeit vorkommt, da eine

Reihe von hervorragenden Werken, denen ich unendlich vieles schuldig bin, natürlich ungenannt geblieben ist, sehe ich selber ein.

Überhaupt wird es bei einem Stoff, welcher, wie der Gegenstand unserer Institutionen, in so mannigfacher Hinsicht dem subjektiven Ermessen und Belieben des Darstellers unterliegt, schwer sein, allen Anforderungen zu genügen. Am meisten Sorge macht mir, ob die Art, wie ich den römischen Zivilprozefs behandelt habe (§§ 47—57), den Beifall der Sachverständigen finden wird. Dem einen werde ich zu viel, dem andern zu wenig gegeben haben. Meine Idee war diese, hier gewissermafsen Institutionen des römischen Zivilprozesses zu schreiben: eine Darstellung, welche das Wichtigste aus der Geschichte des römischen Zivilprozesses in (soweit möglich) anschaulicher Weise dem Anfänger überliefert. Darüber, dafs es durchaus notwendig ist, schon dem angehenden Juristen eine Anschauung von Wesen und Art des römischen Zivilprozesses zu geben, wird keine Meinungsverschiedenheit bestehen.

Aber die Einwirkung des subjektiven Moments stellt selbstverständlich nicht die einzige Klippe dar, an welcher solche Arbeit scheitern kann. Ich brauche wohl nicht zu versichern, dafs ich die Schwierigkeiten der Aufgabe oft genug empfunden habe, namentlich so weit es sich um die geschichtlichen Teile der Darstellung handelt. Welch einen reichen Stoff galt es hier zu bewältigen, und wie ungenügend ist oft das, was man zu bieten genötigt ist! Und doch zog der Reiz der Aufgabe, die Grofsartigkeit des Blicks auf die Welt der römischen Rechtsgeschichte, der Trieb, an diesem edlen Stoff mich formgebend zu versuchen und neben andern, besser Gerüsteten dennoch in den Wettkampf um ein bedeutsames Ziel mit einzutreten, mich immer aufs neue zu dieser Arbeit hin. Wie viel fehlt, dafs sie vollendet wäre! Aber das ist die Art der Wissenschaft, dafs sie schon das Streben nach dem Ziel mit Frucht segnet, ja dafs sie ihre schönsten und reinsten Freuden austeilt, nicht nach der Arbeit, wenn das Werk formell fertig ist (ach, mit wieviel Mängeln!), sondern während und in der Arbeit: dann, wenn wir mit heifser Stirn dem Licht entgegenringen, welches sie auf steiler Höhe weithin leuchtend zeigt.

Strafsburg i. E., am 25. September 1883.

Zur siebenten Auflage.

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ist gekommen, um an Stelle des römischen Pandektenrechts neuzeitlich deutsches Recht zu setzen. Die „Pandekten“ verlieren ihre langgeübte Herrscherstellung. Die Beschäftigung mit dem römischen Recht wird nicht untergehen, aber für den Rechtsunterricht an erster Stelle nur noch von einleitender, vorbereitender Bedeutung sein. Auf die „Institutionen“ fällt damit ein stärkeres Gewicht. Ihre Aufgabe erfährt eine gewisse Steigerung. „Römische Rechtsgeschichte“ und „Institutionen“ schliefsen sich in Zukunft zu einer Darstellung von „Geschichte und System des römischen Privatrechts“ zusammen, der es obliegen mufs, eine stofflich etwas über das bisherige Institutionenmafs hinausgehende Einleitung in das römische Recht zu geben.

In dieser siebenten Auflage ist der Versuch gemacht worden, das vorliegende Buch der so veränderten Sachlage anzupassen. Ein doppeltes war notwendig. Einerseits eine Erweiterung des geschichtlichen, andererseits eine Vertiefung des systematischen Teiles.

Der geschichtliche Teil der Darstellung mufste wenigstens in gewissen Grenzen einem Abrifs der „Römischen Rechtsgeschichte“ angenähert werden. Zu diesem Zweck sind zwei neue Stücke hinzugefügt worden: eine Einleitung (§§ 9. 10), die den Grundlagen der römischen Rechtsgeschichte und dem grofsen Gang ihrer Entwicklung gewidmet ist, und ein Schlufskapitel (§§ 23 bis 28), in welchem die „späteren Schicksale des römischen Rechts“ von Justinian bis zur Gegenwart erzählt werden. In dem von früher beibehaltenen Hauptabschnitt der Darstellung (§§ 11—22) habe ich mich bestrebt, mehr als bisher mit der „äufseren“ Quellengeschichte einen Umrifs der inneren Fortgestaltung des römischen Privatrechts zu verbinden.

Der systematische Teil ist durch ein neues Kapitel von den „juristischen Personen“ (§§ 37. 38) erweitert worden. — —

Leipzig, am 14. März 1898.

Zur dreizehnten Auflage.

In dieser neuen Auflage hat der Inhalt des Buchs eine wesentliche Erweiterung erfahren müssen. Die Änderung des Lehrplans der deutschen Universitäten macht sich immer stärker fühlbar. Fast überall (Leipzig bildet eine rühmliche Ausnahme) sind die Pandektenvorlesungen nicht reformiert, sondern beseitigt worden. Die Folge ist, dafs die Institutionen mit der Darstellung von Geschichte und System des römischen Privatrechts zugleich alles bringen müssen, was für das Verständnis des römischen Rechts erheblich ist. Ja, sie müssen auch das Verhältnis der Grundgedanken unseres heutigen bürgerlichen Rechts zu den leitenden Ideen des römischen Rechts erkennen lassen. Diesem Umstande mufste bei der Neubearbeitung des Buches Rechnung getragen werden. Es ist, anders als früher, eine gewisse Vollständigkeit erstrebt und versucht, alles zu berücksichtigen, was am römischen Recht von Bedeutung ist. Zugleich erscheint hinter dem römischen Recht der Fortschritt der Entwickelung zu unserem bürgerlichen Recht. Der äufsere Umfang des Buches ist dadurch (leider!) nicht unerheblich gewachsen. Trotzdem ist die Art der Darstellung eine institutionenmäfsige, an erster Stelle auf die Gestaltung des Stoffes gerichtete geblieben. Es soll dem Anfänger ermöglicht werden, ein Bild von der Geschichte des römischen Rechts und seiner Bedeutung für die Gegenwart zu gewinnen. Auch in der vorliegenden erweiterten Gestalt soll das Buch in der Hauptsache die Art eines Institutionenlehrbuches bewahren.

Einen von mir unverdienten Wert hat diese Neubearbeitung dadurch gewonnen, dafs ich das jetzt (in Bindings Handbuch) erscheinende Werk von Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Bd. I, 1908, durch die Güte des Verfassers schon in den Korrekturbogen benutzen durfte. So ist es mir möglich gewesen, die reichen Ergebnisse dieser bahnbrechenden Arbeit (wenigstens zum weitaus gröfsten Teil) schon für diese Neuauflage zu verwerten.

Leipzig, am 8. Januar 1908. **Rudolph Sohm.**

Inhalt.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Die Aufgabe.

§ 1.

Die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland.

Im 16. Jahrhundert vollzog sich in Deutschland jene grofse Erneuerung des Bildungslebens, welche die mittelalterlichen Anschauungsformen und Gedanken durch den wiedergeborenen Geist des Altertums verdrängte. Von Italien war die Bewegung ausgegangen. Im 16. Jahrhundert eroberte sie die abendländische Welt. An die Stelle der Gotik trat der Stil der Renaissance, an die Stelle der Scholastik der Humanismus. Auch das deutsche Rechtsleben ward in die mächtige Strömung hineingerissen. Das vaterländische Recht, in Land- und Ortsrechte zersplittert, nicht verteidigt noch fortgebildet durch eine starke Reichsgewalt, vermochte dem Andrang der neuen Ideen nur unvollkommenen Widerstand entgegenzusetzen. Was am Ende des Mittelalters sich bereits vorbereitet hatte, vollendete sich im 16. Jahrhundert: die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland.

Seitdem ist das römische Recht ein Bestandteil unseres Rechts geworden, und die ganze mit dem 16. Jahrhundert anhebende Rechtsentwickelung Deutschlands bewegt sich in der Wechselwirkung zwischen dem aufgenommenen römischen und dem einheimischen deutschen Recht.

Fast noch bedeutender aber als der sachliche Erfolg des römischen Rechts war der Einfluſs, welchen es auf unsere wissenschaftlichen Vorstellungen geübt hat. Das mittelalterliche Recht, nicht in Büchern, sondern in dem Gedächtnis der Männer sein Leben führend, hatte eine Rechtswissenschaft in Deutschland nicht hervorgebracht. So geschah es, daſs die römische Jurisprudenz, welche mit dem Corpus iuris civilis herüberkam, bei uns ein leeres, unbesetztes Gebiet fand, welches sie ohne Schwertstreich in Besitz zu nehmen vermochte. Erst seit dem 16. Jahrhundert, d. h. erst seit und infolge der Aufnahme des römischen Rechts, gab es bei uns eine deutsche Rechtswissenschaft, und diese deutsche Rechtswissenschaft hat von vornherein die Züge der Mutter an sich getragen, welcher sie entstammte: der römischen Jurisprudenz. Derselbe geniale Formensinn, welcher die antike Kunst auszeichnet, hatte auch der antiken Rechtswissenschaft jenes Ebenmaſs, jene Durchsichtigkeit, jene einleuchtende Kraft ihrer Begriffe gegeben, welche nun in Deutschland, sobald nur das römische Recht in den Gesichtskreis der Zeit eintrat, die Geister gefangen nahm. Die römische Jurisprudenz kam, sah und siegte. Seit dem 16. Jahrhundert bis heute ist sie die Lehrmeisterin unseres juristischen Denkens gewesen, und darum fangen wir noch heute unseren juristischen Unterricht mit dem römischen Recht an.

Der Teil des Rechts, für welchen es dem Altertum gelang, die gröſsten Erfolge davonzutragen, ist das Privatrecht gewesen, welches an erster Stelle das Recht der Vermögensverhältnisse (Eigentum, Schuldverhältnisse) bedeutet. Die Wissenschaft des römischen Privatrechts bildet daher noch heute eine Grundlage unserer Jurisprudenz. Hier setzen auch die „Institutionen" ein, um dem Anfänger die erste Anschauung von seiner Wissenschaft zu gewähren.

§ 2.

Pandektenrecht und deutsches Privatrecht.

Das römische Privatrecht ist durch die „Rezeption" im 16. Jahrhundert gemeines deutsches Privatrecht geworden. Es galt für das ganze deutsche Reich. Von dem vornehmsten Teil des Corpus juris civilis, den „Digesta seu Pan-

dectae“ (vgl. unten § 6), empfing es bei uns den Namen Pandektenrecht. Aber das „Pandektenrecht“ Deutschlands fiel nicht schlechtweg mit dem Recht des Corpus juris civilis (dem „reinen“ römischen Privatrecht) zusammen. Wäre es doch auch unmöglich gewesen, das römische Recht Justinians (des 6. Jahrhunderts) unverändert tausend Jahre später auf ganz neue Verhältnisse in Anwendung zu bringen!

Wir empfingen das Recht des Corpus juris aus den Händen der italienischen Juristen (vgl. unten § 28) in bereits fortgebildeter Gestalt, fortgebildet durch die mittelalterliche Gesetzgebung der Kirche (das im Corpus juris canonici enthaltene kanonische Recht) und durch die italienische Rechtslehre und Rechtsübung. In Deutschland selbst ist eine weitere Fortbildung des aufgenommenen römischen Rechts durch die Reichsgesetzgebung sowie durch die deutsche Rechtslehre und Rechtsübung eingetreten. Das gemeine deutsche Pandektenrecht war ein den deutschen Verhältnissen angepafstes römisches Privatrecht, und unsere Wissenschaft vom Pandektenrecht bedeutete eine Wissenschaft von dem römischen Privatrecht in der veränderten Gestalt, die es als „heutiges“ gemeines deutsches Privatrecht gewonnen hatte.

Das Pandektenrecht hatte jedoch nicht vermocht, das während des Mittelalters in zahlreichen Ortsrechten, Stadtrechten, Landrechten zur Ausbildung gebrachte einheimische deutsche Privatrecht vollständig zu zerstören. Eine ganze Reihe einheimisch deutscher Rechtssätze blieb auch nach der Aufnahme des römischen Rechts in partikularrechtlicher, d. h, in ortsrechtlicher, stadtrechtlicher, landrechtlicher Geltung. Das Pandektenrecht ward nur sog. subsidiäres (ergänzendes) gemeines Recht. Es kam zur Anwendung nur, soweit das örtliche Recht eine Lücke liefs; abweichende Bestimmungen des Partikularrechts gingen vor („Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht“). Ja, das gemeine Pandektenrecht selber mufste unter der Hand der deutschen Juristen nicht blofs einzelne deutsche Rechtssätze, sondern ganze Rechtseinrichtungen in sich aufnehmen (so die Familienfideikommisse, die Reallasten, die Erbverträge), welche, dem römischen Rechte fremd, aus dem einheimischen deutschen Recht emporgewachsen waren. So be-

hauptete sich, trotz der Aufnahme des fremden Rechts, dennoch ein erhebliches Stück des einheimisch-deutschen Privatrechts: zum gröfsten Teil nur in partikularrechtlicher Form, zu einem kleineren Teil in gemeinrechtlicher Form.

Es war selbstverständlich, dafs auch dies dem deutschen Boden selbst entsprungene, im vollsten Sinne des Wortes „deutsche“ Privatrecht seine wissenschaftliche Pflege forderte. So ist denn seit dem 18. Jahrhundert neben der Wissenschaft vom Pandektenrecht, die bis dahin in Deutschland auf privatrechtlichem Gebiet allein das Zepter geführt hatte, endlich auch eine Wissenschaft des „deutschen Privatrechts“ aufgekommen, d. h. eine Wissenschaft von dem deutsch-einheimischen Privatrecht (im Gegensatz zu der Pandektenwissenschaft, der Wissenschaft von dem fremden, „rezipierten“ Privatrecht). Diese neue Wissenschaft behandelte die deutsch-rechtlichen Stücke des gemeinen Privatrechts (aufser der Lehre von Familienfideikommissen, Reallasten, Erbverträgen auch die Lehre von dem rezipierten lombardischen Lehnrecht) in Verbindung mit dem partikularrechtlich am Leben gebliebenen deutsch-einheimischen Recht. Da die deutschen Partikularrechte die hauptsächlichste Zufluchtstätte des einheimisch-deutschen Rechts gebildet hatten, so war die Wissenschaft vom deutschen Privatrecht vornehmlich die gemeinsame Wissenschaft der deutschen Partikularrechte (im Gegensatz zu der Wissenschaft vom gemeinrechtlich geltenden Pandektenrecht).

So hatte Deutschland, gemäfs dem doppelten Ursprung seines Privatrechts, eine doppelte Privatrechtswissenschaft: eine Wissenschaft des Pandektenrechts (die Lehre vom gemeinen römischen Privatrecht) und eine Wissenschaft des deutschen Privatrechts (die Lehre von dem in der Hauptsache nur partikularrechtlich geltenden einheimisch-deutschen Privatrecht). Die Pandektenwissenschaft war die ältere, gröfsere, mächtigere Schwester. Aber in stetig steigendem Mafs errang sich ihr gegenüber die nachgeborene Wissenschaft des deutschen Privatrechts innere Selbständigkeit und folgeweise äufsere Macht, deutsche Rechtsgedanken gegenüber dem aus der Ferne gekommenen römischen Recht verteidigend.

§ 3.

Pandektenrecht und kodifiziertes Recht.

Das Pandektenrecht war als das gemeine Privatrecht des „heiligen römischen Reichs deutscher Nation“ aufgekommen. Mit dem Niedergange des alten Reiches war notwendig ein Niedergang der Geltung des Pandektenrechts verbunden.

Seit dem 18. Jahrhundert ging die Führung auf dem Gebiete der Gesetzgebung auf die Landesstaatsgewalt über. Die Landesgesetzgebung begnügte sich zum Teil (insbesondere in den kleineren Ländern) mit der Gesetzgebung über einzelne Gegenstände, also mit der weiteren Ausgestaltung ihres Partikularrechts: die „subsidiäre“ Geltung des gemeinen Pandektenrechts blieb für diese Gebiete unberührt. In den gröfseren Staaten aber regte sich der Gedanke einer „Kodifikation“, d. h. einer Gesetzgebung, die das Recht (das Privatrecht, das Strafrecht, das Prozefsrecht) als Ganzes neu gestaltet. Die Kodifikation bricht formell für ihr Gebiet mit dem gesamten bestehenden Recht, um an Stelle all der überkommenen Gesetze der Vergangenheit ein einziges neues Gesetzbuch (einen „code“) zu setzen. Die Zwiespältigkeit des in Deutschland geltenden Privatrechts, der Gegensatz des gemeinen römischen und des vielfältig zersplitterten partikulären deutschen Rechts drängte zu seiner Aufhebung durch ein neues, römisches und deutsches Recht zu einem Ganzen verschmelzendes Gesetzeswerk. Solange es kein lebenskräftiges deutsches Reich gab, konnte diese Aufgabe nur von der Landesgesetzgebung der (gröfseren) deutschen Einzelstaaten in die Hand genommen werden. Und so ist es geschehen. Für erhebliche Teile Deutschlands ward, wie Strafrecht und Prozefs, so auch das Privatrecht „kodifiziert“ und damit die rechtliche Geltung des gemeinen Pandektenrechts für diese Länder beseitigt.

So zerfiel Deutschland (bis zum 1. Januar 1900) in bezug auf die Gestaltung seines Privatrechts in zwei grofse Rechtsgebiete.

Das eine Rechtsgebiet war das Gebiet des sogenannten Pandektenrechts (oder, wie es auch heifst, das Gebiet des gemeinen Rechts), d. h. das Gebiet, in welchem das römische Privatrecht (in seiner gemeinrechtlichen Gestalt) noch formelle

Gesetzeskraft besafs, wo es also noch galt, soweit es nicht partikularrechtlich geändert worden war. Zu diesem Gebiet gehörten Holstein, einzelne Teile von Schleswig[1], die Hansestädte, Lauenburg, Mecklenburg, Neuvorpommern und Rügen, Hannover (gröfstenteils), Oldenburg (mit Ausnahme des Fürstentums Birkenfeld), Braunschweig, die thüringischen Herzogtümer, Lippe-Detmold, Schaumburg-Lippe, Waldeck, der Bezirk des ehemaligen Appellationsgerichtes Ehrenbreitstein, Hessen-Nassau, Hessen-Darmstadt (mit Ausnahme von Rheinhessen), Hohenzollern, Württemberg und Bayern (mit Ausnahme der Pfalz und der fränkischen Fürstentümer). Es war ein grofses, geschlossenes von Schleswig-Holstein im Norden bis nach Bayern im Süden hinabreichendes Rechtsgebiet. In all diesen Ländern waren viele Gesetze erlassen, welche das römische Privatrecht in einzelnen Teilen, bisweilen auch in vielen Teilen abgeändert hatten. Aber überall hatte hier das römische Privatrecht gemeinrechtliche ergänzende Geltung: es galt, soweit die Landesrechte keine entgegenstehenden Bestimmungen enthielten.

Das andere Rechtsgebiet war das Gebiet des kodifizierten Privatrechts, d. h. das Gebiet, wo die formelle Geltung des römischen Privatrechts ausgeschlossen und das ganze Privatrecht durch eine erschöpfende einheimische Gesetzgebung (Kodifikation) beherrscht ward. Inhaltlich sind jedoch auch in diese Kodifikationen viele Sätze des römischen Rechts aufgenommen worden. Diese Rechtsgebiete waren die Gebiete des preufsischen Landrechts von 1794, des französischen bürgerlichen Gesetzbuchs (des code civil) von 1804 (galt am linken Rheinufer und in Baden in

[1] In dem gröfsten Teil von Schleswig galt das Jütisch Low (von König Waldemar II. von Dänemark 1240, in der Form einer plattdeutschen Übersetzung vom Ende des 16. Jahrhunderts). Das römische Recht war im Gebiete des Jütisch Low nicht rezipiert. Es galt dort nur für einzelne Institute und im übrigen als ratio scripta, d. h. insofern es die Anforderungen der „Natur der Sache“ und der „Billigkeit“ zum Ausdruck brachte. Eine gleiche Stellung hat das römische Recht noch jetzt in den Kantonen der Schweiz, soweit dort kein kodifiziertes Recht gilt. Das kommende schweizerische bürgerliche Gesetzbuch wird auch diese seine Geltung beseitigen. Die Aufnahme des römischen Rechts mit formaler subsidiärer Gesetzeskraft beschränkte sich auf die Gebiete, in denen die Rechtsprechung des (1495 von Kaiser Maximilian I. eingesetzten) Reichskammergerichts Einflufs übte.

der Form des badischen Landrechts von 1809) und das Gebiet des königlich sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs von 1863. Auch im cisleithanischen Österreich gilt eine solche Kodifikation, welche das bis dahin geltende Pandektenrecht beseitigte, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Fast die ganze östliche Hälfte Deutschlands (rechts der Elbe) und der äufserste Westen (links des Rheines) hatte bereits kodifiziertes Privatrecht empfangen.

Die Stunde kam heran, wo der gesetzlichen Herrschaft des Pandektenrechts vollends ein Ende bereitet werden sollte.

§ 4.

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch.

Am 18. August 1896 ist das deutsche bürgerliche Gesetzbuch nebst einem Einführungsgesetz für das Deutsche Reich verkündet worden. Seit dem 1. Januar 1900 steht es in Geltung. Die Entwickelung, welche um 1500 mit der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland ihren Anfang genommen hatte, ist nunmehr nach annähernd einem halben Jahrtausend zum Abschlufs gebracht worden.

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (B.G.B.) ist eine Kodifikation. Alles bisher in deutschen Ländern gültig gewesene Privatrecht, das „gemeine" Privatrecht wie das partikuläre (nur das in der Gesetzgebung des neuen Reiches wurzelnde Reichsprivatrecht ausgenommen), ist vor dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch verschwunden, soweit nicht ausdrücklich (im Einführungsgesetz Art. 56 ff.) Vorbehalte zugunsten des Landesprivatrechts gemacht sind. Inhaltlich finden sich auch im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch Rechtssätze, die dem römischen Recht entstammen. Aber die formelle rechtliche Geltung des gemeinen Pandektenrechts ist nunmehr für ganz Deutschland beseitigt worden.

Das neue Deutsche Reich mufste die Aufgabe der Kodifikation auf seine stärkeren Schultern nehmen. Der bunte Privatrechtszustand Deutschlands, die Menge kleiner lebensunfähiger Partikularrechte, die gesetzliche Geltung eines in lateinischer Sprache redenden fremden, vielfach veralteten Rechtsbuchs forderten dringend eine Änderung. Die Kodifikationen der Einzelstaaten hatten die Schwierigkeiten der partikularrechtlichen Zersplitterung

nur vermehren, nicht überwinden können. Die Rechtsgebiete der Kodifikationen mufsten der unmittelbaren Fühlung mit der deutschen, bei dem „gemeinen“ Recht verharrenden Wissenschaft entbehren. Erst die Gesetzgebungsgewalt des endlich wieder aufgerichteten Deutschen Reiches konnte durch ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch zugleich die formale Einheit des in Deutschland geltenden Privatrechts und ein den Geist deutscher Wissenschaft mit Naturgewalt an sich heranziehendes, wahrhaft lebensfähiges Kodifikationswerk schaffen.

„Alles fliefst.“ Der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland ist heute, 400 Jahre später, die Abschaffung des römischen Rechts gefolgt. Die alte Herrlichkeit des Pandektenrechtes ist dahingegangen. Aber nicht, als ob sie niemals dagewesen wäre. Das römische Recht war uns der Zuchtmeister auf das neue deutsche Recht. Vom römischen bürgerlichen Recht sind wir zu einem deutschen bürgerlichen Recht, von der Aufnahme zur Überwindung des römischen Rechts durch eine aufsteigende innere Entwickelung gelangt. Es ist nicht das mittelalterliche deutsche Recht, das wir durch unser deutsches bürgerliches Gesetzbuch bei uns wiederum eingeführt haben. Es ist neuzeitliches Privatrecht, welches mit altererbten einheimischen Rechtsgedanken die Errungenschaften des Pandektenrechts und die Ideen des modernen Verkehrsrechts verbindet. Die Ohnmacht des „heiligen römischen Reichs“ war der Grund, dafs wir einst zu einem römischen bürgerlichen Recht unsere Zuflucht nehmen mufsten. Die Wiedergeburt des Deutschen Reiches hat uns ein durch die gesammelte Kraft der voraufgegangenen römischen, deutschen, neuzeitlichen Entwickelung bereichertes, zu neuem, höherem Dasein wiedergeborenes deutsches bürgerliches Recht gebracht.

§ 5.

Die Aufgabe der folgenden Darstellung.

Werden wir nach Abschaffung des Pandektenrechts auch das Studium des römischen Privatrechts beiseite legen?

Früher sind dem römischen Privatrecht drei verschiedene Lehrzweige gewidmet gewesen: die römische Rechtsgeschichte, die Institutionen und die Pandekten.

Die römische Rechtsgeschichte und die Institutionen gehören innerlich zusammen. Diese beiden Lehrzweige hatten es mit der Geschichte unseres Privatrechts, soweit es auf römischer Wurzel beruht, zu tun.

Die römische Rechtsgeschichte brachte die Geschichte des römischen Rechts, insbesondere des römischen Privatrechts, von den ältesten Zeiten bis auf Justinian, den Urheber des Corpus juris (im 6. Jahrhundert n. Chr.) zur Darstellung. Sie zeigte, wie das römische Recht, von geringen Anfängen ausgehend, nicht blofs äufserlich die Welt eroberte, sondern zugleich innerlich zu einem Weltrecht sich umgestaltete. Sie zeigte die Ursachen der Gröfse des römischen Rechts und seiner Wissenschaft, zugleich damit einen Teil der Gründe, weshalb wir das römische Recht aufgenommen haben.

Die Institutionen schlossen sich an die römische Rechtsgeschichte an; sie gaben den Abschlufs der Geschichte des römischen Privatrechts, sofern sie innerhalb des römischen Reiches sich vollzog. Sie handelten von dem römischen Privatrecht zur Zeit Justinians. Justinian war es beschieden gewesen, die Summe der römischen Rechtsentwickelung zu ziehen. Das Gesetzbuch, in welchem er dies Werk vollbrachte, ist das Corpus juris civilis. Es steht am Ende der römischen, am Beginne der mittelalterlichen Rechtsgeschichte. Es bildet den Schlufsstein der antiken, den Anfang unserer Rechtsentwicklung. Unter diesem Gesichtspunkt legten die Institutionen das Recht des Corpus juris civilis dar, und zwar das Recht des Corpus juris civilis in seiner damaligen Gestalt (zur Zeit Justinians). Ihr Gegenstand war das unveränderte Recht des Corpus juris oder, wie man zu sagen pflegt, das reine römische Privatrecht. Die Institutionen fügten der Geschichte des römischen Rechts als ihr letztes und größtes Erzeugnis das System des im Corpus juris zur Vollendung gebrachten reinen römischen Privatrechts hinzu.

Der Lehrzweig der Pandekten war dagegen dem heute geltenden Recht unmittelbar zugewandt. Die Pandektenwissenschaft, so wie sie früher in Deutschland getrieben wurde, hatte es gleichfalls mit dem Recht des Corpus juris civilis zu tun, aber mit dem Recht des Corpus juris civilis in seiner gegen-

wärtigen Gestalt, also in der veränderten Form, welche ihm das kanonische Recht, italienische und deutsche Gewohnheiten sowie deutsche Reichsgesetze gegeben hatten. Die Institutionen stellten das römische Recht des 6. Jahrhunderts, die Pandekten aber das römische Recht des 19. Jahrhunderts dar. Die Pandektenwissenschaft lehrte das Pandektenrecht in der Gestalt, wie es in den „Ländern des Pandektenrechts" (oben S. 5. 6) gegenwärtig gesetzliche Geltung hatte. Die Pandektenwissenschaft lebte also einem praktischen Zweck: sie war die Wissenschaft von dem für einen grofsen Teil Deutschlands immer noch in Kraft stehenden gemeinen deutschen Privatrecht römischen Ursprunges.

Es versteht sich von selber, dafs diese praktische Aufgabe der Pandektenwissenschaft durch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hinweggefallen ist. Das Pandektenrecht ist als geltendes Recht verschwunden.

Schon lange aber hatte die deutsche Pandektenwissenschaft neben ihrer praktischen eine ganz andere, rein wissenschaftliche Bedeutung gewonnen.

Die Arbeit, welche eine Reihe von Geistern ersten Ranges nicht blofs in Deutschland, sondern im ganzen Abendlande von den Tagen der Glossatoren an (vgl. unten § 25 ff.) bis zur Gegenwart dem römischen Recht gewidmet hatte, galt nicht lediglich der Herausstellung des positiven, im römischen Recht gegebenen Stoffes, sondern an erster Stelle der Entwickelung der juristischen Begriffe, mit deren Hilfe wir nicht blofs das römische Recht, sondern ebenso jedes andere Recht zu meistern imstande sind. Das Pandektenrecht war der Boden, aus dem durch das juristische Denken der Jahrhunderte tausendfältige Frucht rein wissenschaftlicher Art hervorgegangen war: Ergebnisse, deren Wert von der Gestaltung des praktisch geltenden Rechts in weitgehendem Mafse unabhängig ist. Die Pandektenwissenschaft war das Zeughaus, in welchem die für jede rechtswissenschaftliche Arbeit unentbehrlichen Waffen der Wissenschaft bereitet, bewahrt und immer vollkommener ausgestaltet wurden. Die Pandektenwissenschaft war die hohe Schule aller Jurisprudenz, und seit der Zeit, wo die Schule von Bologna blühte, bis heute ist die Vormachtstellung auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft der-

jenigen Nation zugefallen, die das Feld des Pandektenrechts beherrschte.

Heute steht durch und seit v. Savigny dank der von ihm gegründeten „historischen Schule" die deutsche Jurisprudenz der Rechtswissenschaft aller anderen Völker voran. In den Pandekten ruht die starke Wurzel ihrer Kraft. Wird nicht mit dem Fall der Pandektenwissenschaft auch die Blüte deutscher Rechtswissenschaft dahingehen?

Trotz alledem ist gewifs, dafs die Pandektenwissenschaft von ihrem Platze weichen mufs. Die Pandektenwissenschaft bedeutete, dafs die Lehre vom römischen Privatrecht im Mittelpunkt unserer Privatrechtswissenschaft stand, dafs die Kraft unserer Wissenschaft und unseres Studiums einem toten Recht sich zuwandte. Das können wir nicht mehr ertragen. Die Wissenschaft ist um des Lebens willen da. Die deutsche Wissenschaft hat dem deutschen Recht zu dienen. Was wir an erster Stelle nötig haben, ist eine dem geltenden deutschen Rechte mit allen Kräften und von ganzem Gemüte hingegebene Wissenschaft.

Solange das geltende Privatrecht der Gegenwart dem überkommenen römischen Recht nur in der Gestalt des Partikularrechts gegenübertrat, vermochte die deutsche Wissenschaft der Entwickelung des modernen Rechts nur von ferne her zu folgen. Der Gesetzgeber konnte ein sächsisches bürgerliches Gesetzbuch machen, aber keine sächsische Wissenschaft. Selbst in dem verhältnismäfsig grofsen Rechtsgebiet des preufsischen Landrechts konnte keine in sich selber wurzelnde preufsische Rechtswissenschaft entstehen. Es gibt nur eine deutsche Rechtswissenschaft, keine sächsische, keine preufsische, und die deutsche Rechtswissenschaft konnte keins von jenen Partikularrechten zu ihrem eigentlichen Gegenstand erwählen. Sie blieb bei dem Pandektenrecht (und dem „deutschen Privatrecht"). Auch für die Länder mit kodifiziertem Recht mufste die Schule der Pandektenwissenschaft die eigentliche Schule der Privatrechtswissenschaft bedeuten: nur für die Anwendung eines nicht mehr geltenden Rechts (auch für die Länder des gemeinen Rechts war die praktische Geltung des Pandektenrechts durch die Partikulargesetzgebung, in neuester Zeit auch durch die Reichsgesetzgebung

sehr stark eingeschränkt worden) ward der Praktiker in wirklich wissenschaftlicher Weise vorbereitet.

Das ist es, was jetzt anders geworden ist und anders werden mufste. Die deutsche Kodifikation bezeichnet hier den entscheidenden Wendepunkt. Sie übertrifft die partikularrechtlichen Kodifikationen vor allem dadurch an Kraft des Daseins, dafs sie imstande ist, den Gang der deutschen Wissenschaft zu bestimmen. Das lebendige Recht der Gegenwart ist endlich in der Form eines deutschen bürgerlichen Rechts zur Welt gebracht. Dies deutsche bürgerliche Recht wird und mufs von nun an den vornehmsten Gegenstand der deutschen Privatrechtswissenschaft bedeuten. Auf diesem Boden wird die deutsche Wissenschaft den Bund fürs Leben mit der deutschen Praxis schliefsen.

Sollten wir umsonst so lange in die Schule des römischen Rechts gegangen sein? Sollten wir nicht unseres eigenen Rechtes eigener Meister werden können? Sollten wir nicht an dem Stoff des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs dieselbe Kunst juristischen Denkens üben und lehren können, die bis dahin am „Phantom“ des Pandektenrechts erlernt und gehandhabt werden mufste?

In den Mittelpunkt unserer Privatrechtswissenschaft und unseres Privatrechtsstudiums werden an Stelle der Pandekten des römischen Rechts die Pandekten des deutschen Corpus juris civilis, des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs treten. Wir zerbrechen das Haus der alten Pandektenwissenschaft, aber nicht um diese Wissenschaft zu zerstören, sondern damit sie frei werde zum Einzug in das neue Haus, das Haus des deutschen bürgerlichen Rechts. Die kommende Wissenschaft vom deutschen bürgerlichen Recht soll das Erbe zugleich der Schätze und der Aufgabe der bisherigen Pandektenwissenschaft antreten: in ihren neuen Räumen soll von nun an die Hochschule juristischen Denkens eingerichtet sein, eine Hochschule aber, welche, im Gegensatz zu den alten Pandekten, die Geheimnisse der Wissenschaft lehrt, um die Tiefen des lebendigen Rechts zu ergründen.

Die Wissenschaft vom römischen Privatrecht als solchem steht in Zukunft nur noch im Eingang des juristischen Studiums. Die „Pandekten“ alter Art werden nicht mehr sein, wenngleich

noch abgekürzte Pandekten, „Grundlehren der Pandekten", der Erhaltung des Zusammenhanges mit unserer noch kräftig blühenden romanistischen Rechtswissenschaft und zugleich als Vorschule für die Exegese des Corpus juris dienen werden, die auch künftig unentbehrlich ist. Nur die römische Rechtsgeschichte und die Institutionen behaupten sich ungeschmälert an ihrem Platze. Sie werden in der Form einer Lehre von „Geschichte und System des römischen Privatrechts" fortgeführt werden. Die Pandektenwissenschaft hinterläfst auch ihnen ein Erbe, das sie in Besitz zu nehmen haben.

Die Pandektenwissenschaft hat uns bisher mit der juristischen Dogmatik zugleich das Verständnis des Corpus juris vermittelt. Die erste (auf die Entfaltung des Dogmas bezügliche) Aufgabe hinterläfst sie den künftigen Pandekten des deutschen bürgerlichen Rechts, die andere Aufgabe aber zu einem erheblichen Teile der künftigen Darstellung von „Geschichte und System des römischen Privatrechts".

Den Zugang zum Corpus juris dürfen wir nicht verlieren. Er ist zugleich der Zugang zur Herrschaft über unser eigenes Recht. Dort sind die unvergleichlichen Denkmäler der von den römischen Juristen geübten Kunst gesammelt: ein juristisches Museum von unvergänglichem Werte. Nur durch das Studium der Alten führt der Weg zur Meisterschaft. Als Bildungsmittel ist das Corpus juris unersetzlich. Dies Bildungsmittel mufs uns erhalten bleiben.

Die römische Rechtsgeschichte pflegte bisher mit der grofsen Kodifikation Justinians, dem Corpus juris civilis, abzuschliefsen. Die „Geschichte" des römischen Rechts wird fortan darüber hinauszugehen haben. Sie wird (was bisher den „Pandekten" überlassen zu werden pflegte) auch die Schicksale des Corpus juris von seiner Abfassung bis zur Gegenwart in den Bereich ihrer Darstellung ziehen. Sie wird die Rolle klarzumachen haben, welche das Corpus juris für die ganze nachfolgende Entwickelung gespielt hat. Aus der „Geschichte" des römischen Rechts mufs der Wert des Corpus juris auch für die Gegenwart hervorgehen.

Dem „System" des römischen Privatrechts fällt die Aufgabe zu, nach Art der bisherigen „Institutionen" eine übersichtliche

(zugleich auf die Geschichte zurückgehende) Darstellung des im Corpus juris enthaltenen Privatrechts zu geben. Die Behandlung des Stoffes wird eingehender sein müssen, als bisher in den „Institutionen" üblich war. Auch wird es angezeigt sein, über das römische Recht Justinians hinaus die Verbindungslinien aufzuweisen, welche vom Privatrecht des Corpus juris zu unserem heutigen bürgerlichen Rechte führen. In der Hauptsache aber wird das „System des römischen Privatrechts" dem Institutionenprivatrecht, d. h. dem reinen römischen Privatrecht, wie es von Justinian auf dem Boden der römischen Rechtsentwickelung zum Abschlufs gebracht worden ist, gewidmet bleiben. Es soll dadurch helfen, den Zusammenhang unserer Wissenschaft vom gegenwärtigen Recht mit dem Inhalt des Corpus juris zu bewahren. Denn dieser Zusammenhang darf uns nicht verloren gehen.

Zum Zwecke der Lösung dieser Aufgabe wird es im ganzen bei einer einleitenden, d. h. bei einer auf den Anfänger berechneten, in der Hauptsache also auch in dieser Hinsicht bei einer dem Wesen der bisherigen Institutionen entsprechenden Art der Darstellung bleiben müssen. Das Corpus juris begrüfst künftig den Jünger der Rechtswissenschaft nur noch an der Pforte des Heiligtums. Der Altar des Tempels wird nicht mehr dem römischen, sondern dem deutschen Rechte gewidmet sein.

In diesem Sinn ist die folgende Darstellung gehalten. Es wird zunächst ein kurzes Wort über die Quellen des römischen Rechts, sowie über die juristischen Grundbegriffe vorausgeschickt werden. Dann folgt die Darstellung selbst in einem geschichtlichen und einem dogmatischen Teile.

Zweites Kapitel.

Quellen und Grundbegriffe.

§ 6.

Die Quellen.

I. Das Corpus juris civilis von Justinian hat in seiner heutigen Gestalt vier Teile:

1. Die Institutionen (publiziert am 21. Nov. 533) sind

ein kurzes Lehrbuch, bestimmt, den gesamten übrigen Inhalt des Corpus juris kurz zusammenfassend darzustellen und damit zugleich in das Studium des Corpus juris einzuleiten, — aber ein Lehrbuch mit Gesetzeskraft. Die Institutionen haben gleiche Gesetzeskraft wie die Digesten und der Codex.

Die Institutionen zerfallen in vier Bücher, die Bücher in Titel, die Titel in Paragraphen. Der erste Satz des Titels (vor § 1) wird als principium (pr.) bezeichnet. Also zitiert man:

pr. I. (= Institutionum) de donat. (2, 7).

Soll unmittelbar darauf eine andere Stelle desselben Titels zitiert werden, so wiederholt man Überschrift und Zahl des Titels nicht, sondern schreibt:

§ 4 I. eod.

Handelt die Darstellung, zu welcher eine Stelle des Institutionentitels de donationibus als Belegstelle zitiert werden soll, planmäſsig von Schenkungen, so kann das erste Zitat auch lauten:

pr. I. h. t. (= hoc titulo).

Mit dem Zitat „h. t." ist also der einschlagende Titel (der unseren gerade vorliegenden Stoff behandelnde Titel), mit dem Zitat „eod." der zuletzt vorher zitierte Titel angezogen.

Die neueste Zitierweise ist die „philologische". Von der höheren zur niedersten Einteilungsgröſse herabsteigend, werden die Ziffern einfach nacheinander gesetzt. Man zitiert also:

I. 2, 7, pr., bezw. I. 2, 7, 4.

2. Die Digesten oder Pandekten (publiziert am 16. Dez. 533) enthalten Auszüge (Fragmente) aus den Schriften der römischen Juristen, welche von Justinian zusammengestellt und mit Gesetzeskraft versehen sind. Die Digesten haben 50 Bücher, die Bücher zerfallen in Titel, die Titel in Fragmente (sogenannte leges), die Fragmente in Paragraphen; der erste Absatz der lex heiſst principium. Also Zitat:

L. (= lex) 2 pr. D. (= Digestorum) mandati (17, 1).

L. 10 § 1 eod.

L. 18 h. t. (Mit diesem Zitat ist der Titel mandati zitiert, wenn die Ausführung, zu welcher zitiert wird, planmäſsig vom Mandat, d. h. vom Auftrag, handelt.)

Die Bücher 30. 31. 32 der Digesten handeln alle drei von

dem nämlichen Gegenstand — de legatis — und haben keine Titeleinteilung. Darum zitiert man hier:

L. 1 D. de legat. I (30).

Manche neuere Schriftsteller bezeichnen die einzelnen Fragmente der Juristenschriften, aus welchen die Digestentitel zusammengesetzt sind, nicht als leges, sondern als fragmenta (fr.), und kann dann das D., also die Verweisung auf den Digestenteil des Corpus juris, fortbleiben. Also:

fr. 2 pr. mandati (17, 1).

Neue Zitierweise:

D. 17, 1, 2 pr.

3. Der Kodex (publiziert am 16. Nov. 534) enthält kaiserliche Erlasse und Gesetze von Justinian und den älteren Kaisern (meistens auszugsweise), welche von Justinian zusammengestellt und als einheitliches Gesetz publiziert sind. Der Kodex hat 12 Bücher. Die Bücher zerfallen in Titel, die Titel in die einzelnen kaiserlichen Erlasse (leges), die leges in Paragraphen, wie vorher. Also Zitat:

L. 11 § 1 C. (= Codicis) depositi (4, 34).

Die einzelnen leges des Kodex können auch als c. (= constitutio) bezeichnet werden, und kann dann das C., d. h. die Verweisung auf den Kodexteil des Corpus juris, fortbleiben:

c. 11 § 1 depositi (4, 34).

Neue Zitierweise:

C. 4, 34, 11, 1.

Diese drei Teile des Corpus juris — die Institutionen, die Digesten und der Kodex — sind von Justinian zwar an verschiedenen Daten, aber doch als zusammen ein einziges Gesetzbuch bildend publiziert worden und haben daher alle gleiche Gesetzeskraft. Sie stellen das Corpus juris in der Gestalt dar, in welcher es von Justinian erlassen wurde. Unser heutiges Corpus juris unterscheidet sich von dem Corpus juris Justinians dadurch, dafs wir noch einen vierten Teil dem Corpus juris hinzugefügt haben:

4. Die Novellen sind Nachtragsgesetze, von Justinian und späteren Kaisern nach Vollendung des Corpus juris gegeben (weitaus die meisten von Justinian in den Jahren 535—565). Weil sie jünger sind als das Corpus juris, so gehen sie, soweit

die Novellen von uns rezipiert sind (was bei den meisten der Fall ist), dem übrigen Inhalt des Corpus juris vor. Die Novellen zitiert man nach Zahl, Kapitel und Paragraphen:

Nov. 18 cap. 3 § 1. (Nov. 18, 3, 1).

Ausgabe:

Corpus juris civilis. Editio stereotypa. Institutiones, recens. P. Krüger. Digesta, rec. Th. Mommsen. Berolini 1872. Codex Justinianus, rec. P. Krüger. Berol. 1877. Novellae, rec. R. Schöll, G. Kroll. Berol. 1895.

II. Die vorjustinianischen Rechtsquellen sind:

1. Die Schriften der römischen Juristen in ihrer ursprünglichen Gestalt.

2. Die Erlasse und Gesetze der römischen Kaiser in ihrer ursprünglichen Gestalt.

3. Die altrömischen Volksgesetze und andere Rechtsquellen in ihrer ursprünglichen Gestalt. Urkunden und Nachrichten nichtjuristischer Schriftsteller.

Ausgaben:

Corpus juris Romani antejustiniani consilio professorum Bonnensium. Bonnae 1835 ff.

Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt, ed. Huschke, ed. 5. Lipsiae 1886. Gai Institutionum commentarii quatuor separatim ex Jurisprudentiae antejustinianae reliquiarum a. Ph. Ed. Huschke compositarum editione sexta ediderunt E. Seckel et B. Kuebler, Lipsiae 1903.

Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, ed. F. P. Bremer. Pars prior. Liberae reipublicae jurisconsulti. Lipsiae 1896. Pars altera, sectio prior 1898; sectio altera 1901.

Collectio librorum juris antejustiniani. In usum scholarum ediderunt P. Krüger, Th. Mommsen, Guil. Studemund. Tom. I. Gai Institutiones, ed 5., Berolini 1905. Tom. II. Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora. Berol. 1878. Tom III. Fragmenta Vaticana etc. Berol. 1890.

O. Lenel, Palingenesia juris civilis. Jurisconsultorum reliquiae quae Justiniani Digestis continentur ceteraque jurisprudentiae civilis fragmenta minora, 2 voll. Lipsiae 1889.

Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Justinianum latarum, quae extra constitutionum codices supersunt, ed. Hänel. Lipsiae 1857.

Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes, ediderunt Th. Mommsen et Paulus M. Meyer, 2 voll. Berolini 1905.

Fontes juris Romani antiqui, ed. Bruns, ed. 7 cura Th. Mommseni et O. Gradenwitz. Pars I: Leges et negotia. Pars II: Scriptores. Friburgi in Brisgavia 1893.

Textes de droit romain, publiés et annotés par P. Girard, 3 éd. Paris 1903.

Hülfsmittel: Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. von E. Seckel 1907. Vocabularium jurisprudentiae Romanae editum jussu instituti Savigniani, vol. 1, 1903.

Anhang. Die Handschriften des Corpus juris.

Wir sind heute gewöhnt, uns das Corpus juris als ein einheitliches Buch zu denken. Das entspricht aber dem ursprünglichen Tatbestande nicht. Justinian veröffentlichte Institutionen, Digesten, Codex, wie schon bemerkt, als drei selbständige Bücher, wenngleich sie eine einheitliche Gesetzgebung darzustellen bestimmt waren. Die Novellen sind selbstverständlich nachträglich einzeln publiziert worden. Dementsprechend hat sich die handschriftliche Überlieferung gestaltet. Die Handschriften des Corpus juris enthalten nur je einen Teil des Corpus juris.

Weltberühmt ist die ausgezeichnete Handschrift der Digesten, welche im Mittelalter einen Schatz der Stadt Pisa bildete, dann (1406) nach Unterwerfung der Pisaner von den Florentinern nach Florenz entführt wurde, die Florentina (früher Pisana)[1]. Sie ist im Anfang des 7. Jahrhunderts von griechischen Schreibern geschrieben und einer sehr sorgfältigen Korrektur unterworfen worden, bei welcher noch ein zweites Original zur Verbesserung des Textes benutzt worden ist. Auf der Florentina (Pisana) beruht in der Hauptsache die Geschichte der Digesten im Abendlande und, da in den Digesten die Kraft des Corpus juris lag, zugleich mittelbar die Geschichte des römischen Rechts überhaupt. Die Florentina ist die Grundlage der

[1] Eine von der italienischen Regierung veranstaltete photographische Wiedergabe der Handschrift ist im Erscheinen.

zahlreichen Vulgathandschriften, d. h. der Handschriften, welche den von den römischen Rechtslehrern in Bologna, den sogenannten Glossatoren (im 12. und 13. Jahrhundert), zugrunde gelegten Digestentext überliefern. Während die Florentina das ganze Digestenwerk enthält, geben jedoch die Vulgathandschriften ganz regelmäfsig nur einen Teil desselben wieder.

Nach der Studienordnung Justinians sollten von den Digesten nur die ersten 23 Bücher und das 26., 28. und 30. Buch im Rechtsunterricht von den Professoren erklärt werden. Infolgedessen ist zunächst in Italien eine nur bis zum 23. Buch reichende Abschrift der Florentina verbreitet worden, indem man jedoch dem 23. Buch noch die eng mit demselben zusammenhängenden beiden ersten Titel des 24. Buches hinzufügte. Das hiefs Digestum schlechtweg. Da jedoch Justinian den Studierenden aufgegeben hatte, im vierten Jahr ihres Studiums die Bücher 24. 25. 27. 29. 31 bis 36 der Digesten privatim zu studieren (die 14 letzten Bücher brauchten während der Studienzeit überhaupt nicht gelesen zu werden, sondern waren späterer Kenntnisnahme vorbehalten), so gab es auch, jedoch sehr selten, Handschriften in Italien, welche den Teil der Florentina von Buch 24 Titel 3 bis Buch 36 enthielten. Eine unvollständige Handschrift dieses zweiten Digestenteils ist für die bolognesische Textgestaltung mafsgebend geworden. Sie brach mitten in der l. 82 D. ad leg. Falcidiam (35, 2) vor den Worten tres partes ab. Erst später, als die vollständige Pisana (die Florentina) wieder bekannt geworden war, konnte man diesen zweiten Teil wieder ergänzen und „verstärkte“ ihn um des Ebenmafses willen, so dafs er bis zum Ende des 38. Buches reichte. Daher die Bezeichnung dieses zweiten Teiles als Digestum infortiatum (= fortiatum, verstärkt) und die Scheidung dieses zweiten Teils in das infortiatum im engeren Sinne (bis zu tres partes) und die „tres partes“ (von tres partes bis zum Ende des 38. Buchs). Der dritte Teil, der jezt gleichfalls auf Grund der wieder bekannt gewordenen Pisana gebildet wurde (von Buch 39 bis zu Ende), empfing den Namen Digestum novum, und im Gegensatz zu demselben ward jetzt das altbekannte Digestenwerk (bis Buch 24 Titel 2) als Digestum vetus bezeichnet. Vgl. v. Scheurl in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 143 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1 (1885) S. 1027 in der Anm. So zerfielen also die Digesten handschriftlich in drei volumina (das vetus von

Buch 1 bis Buch 24 Titel 2, das infortiatum mit den tres partes von Buch 24 Titel 3 bis Buch 38, das novum von Buch 39 bis Buch 50). Der Wert dieser Vulgathandschriften ist gering, weil sie in allen drei Teilen Abschriften der Florentina sind und die Fehler der Florentina (z. B. auch die verkehrte Reihenfolge zweier Blätter gegen Ende der Digesten) regelmäfsig wiederholen. Sie besitzen einen kritischen Wert nur dadurch, dafs sie (jedoch nur bis zu Buch 34) an manchen Stellen Ergänzungen, Verbesserungen, Veränderungen der Florentina bieten, welche aus einem zweiten, der Florentina ebenbürtigen Original geflossen sein müssen, und zwar zu einer Zeit, da die Digesten nur erst bis zu den tres partes abschriftlich verbreitet waren. Um die Aufhellung all dieser Tatsachen hat die gröfsten Verdienste Mommsen sich erworben, dessen kritische Untersuchungen sowie eine auf Grund derselben gegebene Textgestaltung in seiner grofsen Digestenausgabe (Digesta Justiniani Augusti, 2 Bde., 1870) vorliegen.

Die Institutionen sind sehr häufig abgeschrieben worden und haben schon im frühen Mittelalter eine bedeutend gröfsere Verbreitung als die umfangreichen Digesten erlangt. Für uns sind heute von besonderem Wert einerseits eine Bamberger Handschrift, andererseits eine (leider unvollständige) Turiner Handschrift, beide aus dem 9. und 10. Jahrhundert. Die letztere enthält die sogenannte Turiner Institutionenglosse, welche noch unter Justinian geschrieben worden ist.

Der Codex ist verhältnismäfsig unvollkommen überliefert, wohl in Zusammenhang damit, dafs nach der justinianischen Studienordnung über den Codex überhaupt keine Vorlesungen gehalten wurden, die Lektüre des Codex vielmehr dem Privatfleifs (im 5. Studienjahre) überlassen war. Ein Veroneser Palimpsest, welcher der Florentina gleichalterig ist, enthielt den ganzen Codex, ist aber nur lückenhaft erhalten. Die übrigen Codexhandschriften gehen auf die Auszüge zurück, welche nur die ersten neun Bücher des Codex abgekürzt wiedergaben (die drei letzten Bücher liefs man weg, weil nur das öffentliche Recht des byzantinischen Reichs enthaltend). Diese Auszüge (welche noch, nur mit wenigen Ergänzungen, in einer Handschrift von Pistoja aus dem 10. oder 11., von Paris aus dem 11., von Darmstadt aus dem 12. Jahrhundert vorliegen) sind dann seit dem Ausgang des 11. Jahrhunderts mehr und mehr wieder vervollständigt und sodann seit dem Ende des 12. Jahrhunderts auch Hand-

schriften der drei letzten Bücher geschrieben worden, jedoch so, dafs die ersten neun Bücher fortfuhren, den „Codex“ zu bilden, und die drei letzten Bücher, (die „tres libri“) für sich überliefert wurden. Die griechischen Konstitutionen, welche von den abendländischen Handschriften ausgelassen wurden („Graeca non leguntur“), sind erst von den Humanisten in den Drucken des 16. Jahrhunderts aus kirchenrechtlichen und weltlichen Quellen des byzantinischen Reichs (insbesondere aus den Basiliken, vgl. unten § 23) nachgetragen worden. Auch haben erst diese Drucke der humanistischen Epoche nach Möglichkeit die von den Vulgathandschriften der Bologneser Rechtsschule sehr vernachlässigten Inskriptionen und Subskriptionen der Kaisererlasse aus besseren Handschriften bezw. aus dem Codex Theodosianus wieder hergestellt.

Die Novellen waren im Abendlande zunächst in einem Auszug verbreitet, welchen der Professor Julian in Konstantinopel um 556 aus 122 Novellen Justinians hergestellt hatte (sogenannte epitome Juliani). Dann ist den Glossatoren eine, wahrscheinlich in Italien entstandene, Sammlung bekannt geworden, welche 134 Novellen Justinians aus den Jahren 535—556 teils im lateinischen Originaltext, teils (die griechischen Novellen, welche die Mehrzahl bilden) in mangelhafter lateinischer Übersetzung (versio vulgata) vollständig enthielt. Diese Sammlung nannten die Glossatoren, im Gegensatz zu der epitome Juliani, die „echte Sammlung“, das Authenticum (liber authenticorum), und teilten die 96 von ihnen für brauchbar erachteten Novellen in neun „Kollationen“ mit 98 Titeln; Auszüge aus denselben schoben sie als „Authenticae“ an den betreffenden Stellen des Codex ein. Neben diesen abendländischen Sammlungen besitzen wir, dank den Humanisten, eine griechische Sammlung von 168 Novellen (jedoch nicht alle von Justinian), welche sämtliche Novellen in griechischer Sprache bringt.

Aus der geschilderten Gestaltung der Handschriften erklärt sich die Einrichtung der ältesten Ausgaben. Dieselben bringen das Corpus juris in seiner glossatorischen Gestalt — mit der Glosse und mit der Sonderung in fünf verschiedene Bücher, volumina —: vol. 1 = Digestum vetus; vol 2 = Digestum infortiatum; vol. 3 = Digestum novum; vol. 4 = Codex Buch 1—9; vol 5 (auch volumen schlechtweg oder volumen parvum genannt) = tres libri (Buch 10—12 des Codex) mit Authenticum (als decima collatio sind die libri feudorum

nebst einigen deutschen Kaisergesetzen hinzugefügt, vgl. unten § 25) und Institutionen. Die heute uns geläufige Einteilung und Ordnung nach vier Teilen (Institutionen, Digesten, Codex, Novellen) hat zuerst Gothofred in seiner unglossierten Gesamtausgabe (von 1583) befolgt, und zugleich hat er als der erste dem gesamten Werk den jetzt üblichen Gesamttitel Corpus juris civilis gegeben. Erst seit Gothofred erscheint das Corpus juris als das eine Buch, als welches wir es heute zu sehen gewohnt sind.

§ 7.
Grundbegriffe.

I. Begriff und System des Rechts[1]. Das Sittengesetz ist das Lebensgesetz des einzelnen, das Rechtsgesetz das Lebensgesetz des Volkes. Das Recht ist gesellschaftlichen Ursprungs und gesellschaftlichen Wesens. Recht (im objektiven Sinn: Machtordnung) ist die um der Erhaltung des Volkes willen notwendige (darum den einzelnen sittlich verpflichtende) Ordnung des Volkslebens. Es ordnet die Machtverhältnisse (die Rechte im subjektiven Sinn: Machtbefugnisse) innerhalb des Volkes nach Mafsgabe des in der Volksgemeinschaft lebendigen Ideals der Gerechtigkeit, dessen letzte Quelle der Glaube an die göttliche Gerechtigkeit ist[2].

[1] Vgl. A. Merkel, Juristische Encyklopädie (2. Aufl. 1900) S. 5 ff.

[2] Daher die ursprüngliche Ununterschiedenheit von Rechtsgesetz und Sittengesetz. Erst allmählich wird von den Völkern die besondere Art des Rechtsgesetzes begriffen, als eines Gesetzes nämlich, welches nur eine unvollkommene, an bestimmte äufsere Formen gebundene menschliche Gerechtigkeit durch Verteilung der gegenseitigen Machtverhältnisse verwirklicht, welches lediglich um der Kraft und Gesundheit des Volkslebens willen da ist, die sittliche Freiheit des einzelnen aber nicht hervorzubringen (wie das Sittengesetz), sondern nur zu ermöglichen bestimmt ist. Alle Rechtsentwickelung beginnt darum mit dem von der Gottheit gesetzten Recht, welches durch den berufenen Verkünder des göttlichen Willens, den Propheten, den Priester, den König (Hammurabi) allem Volk kundgetan wird. Aber dem von den Göttern gesetzten Recht (fas) tritt dann das jus (griechisch δίκαιον) in der Form des von dem Staat (civitas) erzeugten Rechts (jus civile) selbständig gegenüber. Leist, Altarisches jus gentium (1889) S. 3. 4; Leist, Altarisches jus civile, 1. Abt. (1892), S. 337 ff., 2. Abt. (1896), S. 3 ff. 256. 389 ff.; Lambert, Etudes de droit commun, législatif ou de droit civil comparé, vol. 1, 1903. In dem römischen

Gerechtigkeit ist ein güterverteilendes (Güter zusagendes, Güter versagendes) und zugleich ein die Person wertendes Prinzip: sie gibt jedem das „Seine“, d. h. das ihm nach seinem Wert Gebührende. Die göttliche Gerechtigkeit mifst den Menschen nach seinem sittlichen Werte (dem Wert vor Gott). Die menschliche Gerechtigkeit mifst den Menschen nach seinem rechtlichen Werte (dem Wert für das Volk). Wie die Gemeinschaft des einzelnen mit Gott die Grundlage des sittlichen Lebens so ist die Gemeinschaft der Volksgenossen miteinander die Grundlage des Rechtslebens. Das Wesen der Sittlichkeit (Moral) ist auf das Überirdische, das Wesen des Rechts auf das Irdische gerichtet. Das Volk ist die Quelle und der Zielpunkt der Rechtsordnung.

Recht und Sittlichkeit haben starke Zusammenhänge miteinander. Weil die Gesundheit auch des Volkslebens an letzter Stelle auf der Sittlichkeit beruht, mufs das Recht bestimmten Forderungen der Sittlichkeit entweder entsprechen oder doch nicht widersprechen. Vor allem: die Hingabe an das Volk, welche das Recht verlangt, ist zugleich eine sittliche Forderung (Hingabe an den Nächsten). Die Rechtsgesetze sind deshalb grundsätzlich zugleich von sittlicher Verpflichtungskraft. Dennoch sind Recht und Sittlichkeit ihrem Wesen nach voneinander verschieden. Das Recht ist nicht etwa dazu da, um ein Mindestmafs von Sittlichkeit zu erzwingen. Sittlichkeit kann nicht erzwungen, kann überhaupt nicht in ein formales gemeingültiges Gesetz gefafst werden. Das Recht ist noch viel weniger da, um „praktisches Christentum“ zu treiben: gesetzliches Christentum ist ein Widerspruch in sich selbst. Das Recht ist ein Erzieher auf die christliche Sittlichkeit, aber kein Diener des Sittengesetzes: es trägt seine eigenen Gesetze in sich. Das Recht

jus civile der geschichtlichen Zeit ist nur noch ein geringer Einflufs religiöser Vorstellungen wahrnehmbar. Das fas erscheint lediglich als Ergänzung des jus civile. Es greift nur religiös-sittlich verpflichtend ein, soweit es an einem zwingenden weltlichen Gesetz fehlt, also namentlich auf dem Gebiet des internationalen Kriegs- und Friedensverkehrs. Ein Beispiel aus dem Privatverkehr die eidliche Bestärkung eines rechtsunverbindlichen Versprechens (jurata promissio operarum bei der Freilassung). Vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 22 ff.

dient dem Volke, und dem Volk allein. Es fordert, was „des Kaisers“ (des Volkes) ist, niemals, was Gottes ist.

Das Grundgesetz des Rechtes ist die Selbstbehauptung des Volkes: was der machtvollen Erhaltung des Volkes dient, das ist (menschlich) gerecht. Salus publica suprema lex. Das Recht ist die Schlachtordnung des Volkes für den Kampf ums Dasein. Der Zeuger des Rechtes ist der Krieg. „Der Krieg ist der Vater aller Dinge.“ Unter dem Druck der Kriegsgefahr schliefst sich das Volk zum Heer, zum Staat zusammen. Der Krieg ist nicht die gesellschaftzerstörende, sondern die gesellschaftbauende Gewalt. Die Heeresordnung bedeutet den Ursprung der Rechtsordnung: der Soldat ist der Vater des Vaterlandes. Die Heeresverfassung erzeugt die Staatsverfassung und die Verteilung der Kriegsbeute das Eigentum. Unter dem Zeichen des Speeres (sub hasta) sind Recht und Staat geboren worden. Alles Recht besteht, damit das Volk da sei, stark sei, und die Macht des Rechts über den einzelnen beruht in der sittlich geforderten Unterordnung des Einzellebens unter das Volksleben. Gib dein Leben dem Volke wieder, von dem du es empfingst! Populum vivere necesse est, te vivere non necesse est: Das Recht teilt dem einzelnen zu, was ihm als Glied des Volkes, und zwar um des Volkes willen, zukommt. Das ist der Sinn des rechtlichen „suum cuique“.

Nur scheinbar steht es mit dem Gesagten in Widerspruch, wenn wir innerhalb des Rechts zwei Arten von Recht unterscheiden, — Privatrecht und öffentliches Recht. Die privatrechtlichen Machtbefugnisse sind ihrem Inhalt nach eigennütziger, die öffentlichrechtlichen aber gemeinnütziger Natur. Das Privatrecht hat der Berechtigte (zunächst) um seiner selbst willen, damit er Macht, Können, Vermögen habe. Die öffentlichrechtliche Befugnis hat er dagegen (z. B. der Monarch sein Regierungsrecht, der Bürger sein Wahlrecht) um aller willen. Die privatrechtliche Befugnis ist daher an erster Stelle von berechtigender, die öffentlichrechtliche an erster Stelle von verpflichtender Wirkung. Doch ist der Gegensatz kein vollkommener. Auch das Privatrecht ist, trotz seines zunächst dem Eigennutzen dienenden Inhalts, um des gemeinen Nutzens, um des Volkes willen da, und bleibt deshalb das Privatrecht dem öffentlichen

Recht untergeordnet, ja eingeordnet. Auf der Einordnung des Privatrechts in das öffentliche Recht beruht der öffentlichrechtliche Schutz der Privatrechte. Das Privatrecht wurzelt in der geschichtlich durchgedrungenen Wahrheit, dafs die Macht des Volkes nicht blofs aus der Unterordnung, sondern in noch höherem Mafse aus der Entfaltung seiner Angehörigen zu selbständig leistungsfähigen Persönlichkeiten ihre Nahrung zieht, dafs die Rechtsordnung (Heeresordnung) deshalb dazu bestimmt ist, nicht blofs militärische Subordination, sondern Freiheit hervorzubringen. Um der Gesamtheit willen schafft die Rechtsordnung ihren Angehörigen eine eigennützige, die Triebkräfte des Individuums zugleich befriedigende und zu höchster Anspannung entfesselnde Machtsphäre: die Leistungen des einzelnen werden allen zugute kommen. Das Privatrecht ist dazu da, dafs aus dem Massenleben (Herdenleben) der Urzeit das Leben freier Einzelpersönlichkeiten werde. In diesem Sinne bildet das Privatrecht zugleich den Gegensatz und ein unentbehrliches Glied, ja die Grundlage unseres gesamten heutigen öffentlichen Rechts.

Die private (eigennützige) Freiheit des einzelnen entsteht gleichzeitig mit dem privaten Eigentum: in dem Augenblick, in welchem wirtschaftliche Güter dem einzelnen zu freier Verfügung zuständig werden. Das Vermögensrecht (die Eigentumsordnung) ist der Kern des Privatrechts. Mit dem einzelnen befreit sich seine Familie. Sie ergänzt den einzelnen und sie dient dem einzelnen (erst mittelbar dem Gemeinwesen). Die Familie ist die gegebene private, d. h. eigennützige Gemeinschaft. In ihr und durch sie gestaltet sich die Persönlichkeit des einzelnen. So tritt der Eigentumsordnung die Familienordnung als zweites Stück des Privatrechts hinzu: das Privatrecht ist das Recht eigennütziger Vermögensverhältnisse und eigennütziger personenrechtlicher Rechtsverhältnisse.

Dem Privatrecht (Vermögensrecht und Familienrecht) steht als öffentliches Recht das Staatsrecht mit Völkerrecht, Kirchenrecht, Strafrecht, Prozefsrecht gegenüber: öffentliche (gemeinnützige) Gewalt, Herrschaftsrechte der einen Person über andere ebenbürtige Personen im Interesse aller begründend.

L. 1. § 2 D. de just. et jure (1, 1) (ULPIAN.): Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.

II. Entstehung des Rechts. Das Recht ist nicht „Naturrecht“: es gibt kein selbstverständliches, durch die „Natur“ der Dinge gegebenes, durch blofses Nachdenken zu entdeckendes, ewiges, unveränderliches Recht. Der naturrechtliche Standpunkt der älteren, insbesondere im 18. Jahrhundert herrschenden Lehre ist durch die deutsche „historische“ Schule (v. Savigny, unten § 28) wissenschaftlich überwunden worden. Das Recht ist ein Erzeugnis der Geschichte und trägt den Geist nicht einer unveränderlich sich gleichbleibenden Vernunft, sondern bestimmter Entwicklungsstufen des Volkslebens in sich. Zu allen Zeiten haben zwar naturrechtliche Ideen von den „ewigen Rechten, die droben hangen unveräufserlich und unzerbrechlich wie die Sterne selbst“ als Antrieb für die Rechtsentwickelung (die lex ferenda) mächtigen Einflufs ausgeübt (unten § 27. 28). Alles geltende Recht aber (die lex lata) ist „positives“, d. h. geschichtlich erzeugtes und geschichtlich bedingtes (veränderliches) Recht. Es gilt vermöge vergangener Tatsachen, in denen die rechtschöpferische Kraft der Volksgemeinschaft zu formal verbindlichem Ausdruck gelangt ist.

Das Recht entsteht teils durch Rechtsanwendung, d. h. unbewufst aus den Überzeugungen und dem Leben der Nation heraus (Gewohnheitsrecht), teils durch Rechtssetzung, d. h. durch einen bewufsten, formell willkürlichen Akt der Staatsgewalt (Gesetzesrecht). Gesetzesrecht ist das Recht von Gewalt wegen: es gilt formell kraft eines Befehls der Staatsgewalt. Gewohnheitsrecht ist das Recht von Überzeugung wegen: es gilt, weil es, von der Überzeugung der Nation ausgegangen, durch freiwillige Übung kraft innerer Notwendigkeit sich durchgesetzt hat. Das Gesetzesrecht kommt zustande durch Sanktion (Erzeugung des gesetzgeberischen Willens durch den Träger der Staatsgewalt) und Publikation (öffentliche Verkündung des gesetzgeberischen Willens); das Gewohnheitsrecht durch Übung mit opinio necessitatis (Rechtsüberzeugung). Juristenrecht nennt man das durch das Mittel (Lehre und Übung) des

Juristenstandes erzeugte Gewohnheitsrecht. Beide Quellen (Gesetz und Gewohnheitsrecht) sind einander ebenbürtig: durch Gewohnheitsrecht kann das Gesetz nicht blofs ergänzt, sondern auch geändert und aufgehoben werden (sogenannte derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts)[3].

L. 32 § 1 D. de leg. (1, 3) (JULIAN.): Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissimum etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

III. Die Geltung des Rechts. Seiner räumlichen Geltung nach ist das in Deutschland ausgebildete Recht entweder Partikularrecht, d. h. nur für einen Teil Deutschlands geltendes örtliches Recht oder gemeines deutsches Recht, d. h. kraft einer Quelle (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) für ganz Deutschland geltendes Recht. Das gemeine Recht ist entweder ergänzendes (subsidiäres) gemeines Recht, d. h. es gilt nur in Ermangelung einer partikularrechtlichen Bestimmung, oder es ist zwingendes (absolutes) gemeines Recht (uniformes Recht), d. h. es duldet keine partikularrechtlichen Abweichungen. Das frühere gemeine deutsche Recht (das Pandektenrecht) hatte nur ergänzende Geltung. Das neue gemeine Recht, wie es durch unsere heutige Reichsgesetzgebung erzeugt wird, nimmt dagegen zwingende Geltung für sich in Anspruch[4].

---

[3] Über die geschichtliche Entwickelung der Lehre vom Gewohnheitsrecht vgl. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, Bd. 1: Geschichtliche Grundlegung (bis zum Ausgang des Mittelalters), 1899. Derselbe, Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht (Festgabe für Felix Dahn), 1. Teil, 1905.

[4] Für das frühere gemeine deutsche Recht galt der Satz: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht (vgl. den Lüneburger Ratsbeschlufs vom J. 1402, Joh. Merkel, Der Kampf des Fremdrechts mit dem einheimischen Rechte in Braunschweig-Lüneburg, 1904, S. 26. 27). Heute wird umgekehrt Stadt- und Landrecht durch das Reichsrecht gebrochen. — Als allgemeines (materiell gemeines) deutsches Recht be-

Dem Rechtsgeschäft der Privatperson gegenüber hat das Recht gleichfalls entweder ergänzende oder zwingende Geltung. Ergänzendes (sogenanntes dispositives, nachgiebiges Recht) ist solches Recht, dessen Anwendung durch den rechtsgeschäftlichen Privatwillen für den Einzelfall ausgeschlossen werden kann, (z. B. der Rechtssatz, dafs der Verkäufer für heimliche Mängel der Sache haftet); zwingendes (sogenanntes absolutes) Recht ist solches Recht, welches durch rechtsgeschäftlichen Privatwillen nicht ausgeschlossen werden kann, z. B. die Haftung des Schuldners für Vorsatz, vgl. B.G.B. § 276, Abs. 2[5]. Die Mehrzahl der Rechtsätze, insbesondere des Sachenrechts und Familienrechts, hat zwingende Geltung.

IV. Strenges Recht (jus strictum) heifst das Recht, insofern es die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls (z. B. dafs der Schuldner durch Betrug zu dem Geschäft veranlafst war) nicht gestattet. Billiges Recht (jus aequum) heifst das Recht, insofern es die Berücksichtigung solcher Umstände gestattet. Das billige Recht erscheint häufig in der Form des Ausnahmerechts (jus singulare), also in der Form, dafs es für gewisse Fälle die Berücksichtigung der besonderen Umstände ausnahmsweise gestattet[6]. Sofern das Ausnahmerecht

---

zeichnet man übereinstimmendes Partikularrecht: es gilt in ganz Deutschland aber in den einzelnen Rechtsgebieten kraft ihrer Sonderquellen (Landesgesetzgebung). So war das alte Handelsgesetzbuch (vor der Reichsgründung) allgemeines deutsches Recht: es galt in den Rechtsgebieten Deutschlands kraft ihrer Sondergesetzgebung. Heute ist das Handelsrecht (des neuen Handelsgesetzbuchs) gemeines (formell gemeines) Recht: es gilt im ganzen Deutschen Reich kraft einer Quelle (kraft der Reichsgesetzgebung).

[5] Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im B.G.B. für das Deutsche Reich, 1899, wo zutreffend ausgeführt ist, dafs der Gegensatz des zwingenden und des blofs ergänzenden, dispositiven Rechts lediglich für die auf Rechtsgeschäfte bezüglichen Rechtssätze Bedeutung hat. — Der römische Begriff des jus publicum, d. h. des von Staats wegen geltenden Rechts, hat mit dem Begriff des zwingenden Rechts nichts zu tun: Ehrlich, Theorie der Rechtsquellen, 1902, S. 191 ff.

[6] Über den Begriff des jus singulare vgl. Eisele in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 23 S. 119 ff. Über jus strictum und jus aequum in der römischen Rechtsentwickelung Kipp, Gesch. der Quellen des röm. Rechts, 2. Aufl. (1903), S. 6 ff.

gewissen Personenklassen zugute kommt, heifst es ein Privilegium (im objektiven Sinn). Privileg im subjektiven Sinn ist das einer bestimmten Person durch lex specialis gewährte Sonderrecht.

L. 14 D. de leg. (1, 3) (Paulus): Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

§ 8.
Die Rechtswissenschaft.

Die Rechtswissenschaft hat eine praktische und eine ideale Aufgabe.

I. Die praktische Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, das durch die Rechtsquellen (Gesetze, Gewohnheitsrecht) dargebotene Recht (den Rohstoff des Rechts) zur Anwendung geschickt zu machen. Die Rechtsquellen bieten immer nur ein unvollständiges, lückenhaftes Recht[1]. Auch der weiseste Gesetzgeber vermag nicht alle Fälle vorherzusehen. Die Rechtswissenschaft verwandelt dies unvollständige, lückenhafte Recht der Rechtsquellen in ein vollständiges, lückenloses Recht: den Rohstoff in ein Kunstwerk. Zu diesem Zweck hat sie eine doppelte Tätigkeit zu entwickeln: einmal die Gewinnung, sodann die Entfaltung der Rechtssätze.

Die Rechtswissenschaft gewinnt die Rechtssätze, welche unmittelbar durch die Rechtsquellen dargeboten werden, durch das Mittel der Auslegung (Interpretation). Die Auslegung ist einerseits grammatische Auslegung, d. h. Auslegung des Wortlautes (des Buchstabens), andererseits sogenannte logische Auslegung, d. h. Auslegung des Sinnes nach Zusammenhang, Ursprung, Absicht des Rechtssatzes.

Für die logische Auslegung wird vor allem das „Zweckmoment", d. h. die Wirkung des Rechtssatzes, von Bedeutung[2].

---

[1] Zitelmann, Lücken im Recht (1903). Kipp bei Windscheid, Pandekten, 9. Aufl. 1906, Bd. 1, § 23 Anm. 1b.

[2] In seiner Schrift: Der Zweck im Recht, Bd. 1 (2. Aufl.) 1884. Bd. 2, 1883, hat v. Jhering in geistreicher Ausführung darzutun gesucht, dafs der „Zweck", d. h. die praktische Erwägung, der „Schöpfer des Rechts" sei. Vgl. die, den Gedanken Jherings anders wendende Ausführung von A. Merkel in v. Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 1 (5. Aufl. 1890), S. 13. 14. Die Gerechtigkeit steht aber zu dem praktisch

Die das Recht beherrschende Idee der Gerechtigkeit ist eine praktische Idee. Sie will die Gestaltung der Lebensverhältnisse (Machtverhältnisse) in Einklang mit den Lebensbedingungen der Nation. Aber wenn, wie es oft der Fall ist, in den Lebensverhältnissen entgegengesetzte Interessen verschiedener Parteien aufeinander treffen, ist es nur zu häufig die tatsächliche Macht der um ihr Dasein kämpfenden praktischen Bestrebungen, welche wenigstens für den Augenblick (niemals für immer) über das Mafs der Durchsetzung des Gerechtigkeitsideals entscheidet. Wie ein Spiegelbild des Göttlichen so ist deshalb das Recht zugleich ein Spiegelbild der Welt. Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia[3]. Nur der ist in Wahrheit zum Schauen des Rechts, der Gerechtigkeit und der Ungerechtigkeit, durchgedrungen, dem die Fülle des Lebens, der stete Kampf der nationalen Forderungen mit der Selbstsucht gesellschaftlicher Klassen sich offenbart hat. Auch für die Rechtswissenschaft gilt selbstverständlich, dafs ihr Wissen Stückwerk ist und bleiben wird. Aber sie hat dem hohen Ziel in nie nachlassender Arbeit sich anzunähern. Der „logischen" Auslegung ist vor allem diese Aufgabe gesetzt, den wahren Inhalt des Rechtssatzes durch die Erkenntnis seiner tatsächlichen Bedingungen und Wirkungen klarzustellen. Nicht blofs die Kunde vom gegebenen Recht, sondern ebenso die Kritik, die rechtspolitische Erwägung, welche unter Anleitung der nationalen Interessen das Anwendungsgebiet der geltenden Rechtssätze richtig begrenzen lehrt und der künftigen Rechtsentwicklung die Wege zu höheren Zielen weist, ist in den Machtbereich der Rechtswissenschaft gehörig. Die praktische, den Rechtssatz durch Darlegung seiner sachlichen Bedeutung auf das „Göttliche und Menschliche", auf Herz und Nieren prüfende Auslegung stellt das vornehmste Stück der sogenannten logischen Auslegung dar.

Nützlichen nicht in Gegensatz. Vielmehr: was dem Volke nützt (was allen nützt), das ist (menschlich) gerecht, und umgekehrt (vgl. S. 22. 23): „Gerechtigkeit erhöhet ein Volk". Nur das Einzelinteresse und das blofse Klasseninteresse steht zur Gerechtigkeit im Gegensatz und ist zweifellos nie auf die Dauer der Quell des Rechts.

[3] Vgl. § 1 I. de just. et jure (1, 1); L. 10 § 2 D. de just. et jure (1, 1).

Solche „logische Auslegung" mufs sich stets mit der grammatischen verbinden. Sie wird das Ergebnis einer blofsen Buchstabeninterpretation vielfach berichtigen: bald über dasselbe hinausgehen (sogenannte ausdehnende Auslegung), bald hinter demselben zurückbleiben (sogenannte einschränkende Auslegung). Ein Handeln, welches den Buchstaben des Gesetzes (grammatische Interpretation) in Widerspruch mit dem Sinne des Gesetzes (der logischen Interpretation) absichtlich ausnutzt, stellt ein Verfahren in fraudem legis dar[4].

Keine Auslegung ist die sogenannte authentische Interpretation, d. h. die „Auslegung" eines Rechtssatzes durch Gesetz (Legalinterpretation) oder Gewohnheitsrecht (Usualinterpretation). Die „authentische" Interpretation bedeutet einen neuen Rechtssatz, dessen „Auslegung" verbindlich ist, mag sie sachlich zutreffend sein oder nicht. Der neue Rechtssatz legt sich dadurch, dafs er sich als „Auslegung" eines alten Rechtssatzes gibt, rückwirkende Kraft bei. Er ist auch auf bereits vergangene (dem alten Rechte unterstehende) Tatbestände anzuwenden, während sonst neue Rechtssätze grundsätzlich ohne rückwirkende Kraft sind, d. h. in der Regel nur für künftige Tatbestände gelten.

Nur die wissenschaftliche Auslegung ist wahre Auslegung. Sie ist verbindlich lediglich wenn sie richtige Auslegung ist.

L. 17 D. de leg. (1, 3) (Celsus): Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

L. 29. eod. (Paulus): Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.

Auf die Gewinnung des Rechtssatzes hat die Entfaltung seines Inhalts zu folgen. Die Entfaltung eines Rechtssatzes geschieht einmal durch Entwickelung seiner Folgesätze (der Rechtssatz schliefst eine Reihe speziellerer Rechtssätze, eine Reihe von Untersätzen in sich), andererseits durch Entwickelung seiner Obersätze (der gegebene Rechtssatz folgt aus allgemeineren Rechtssätzen, hat bestimmte Obersätze zur Voraussetzung). Am

---

[4] Vgl. J. Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. Wien 1892.

wichtigsten ist dies letztere Verfahren: die Gewinnung von Obersätzen aus den gegebenen Rechtssätzen. Solche (gefundene) Obersätze schliefsen dann in ihren Folgesätzen eine Reihe von anderen Rechtssätzen in sich, welche in den Rechtsquellen unmittelbar nicht enthalten waren. Also eine Bereicherung des Rechts, welche auf rein wissenschaftlichem Wege gewonnen wird. Die Herausstellung neuer Rechtssätze mit Hilfe eines solchen auf induktivem Wege gefundenen Obersatzes nennt man analoge Anwendung des erstgegebenen Rechtssatzes, aus welchem jener Obersatz gefunden wurde. Schlufsfolgernde Rechtsanwendung ist also die Anwendung eines gegebenen, analoge Rechtsanwendung aber die Anwendung eines gefundenen Obersatzes (Prinzips).

Das wissenschaftliche Verfahren, durch welches man Obersätze findet, die in den Rechtsquellen nicht unmittelbar enthalten sind, ist zweifacher Art.

Die eine Art (sogenannte Gesetzesanalogie, d. h. analoge Anwendung eines einzelnen Rechtssatzes) kann mit dem Verfahren der Chemie verglichen werden. Jhering hat daher von einer juristischen „Scheidekunst" gesprochen[5]. Die Rechtswissenschaft zerlegt einen Tatbestand, welcher durch Rechtssatz geregelt ist, in seine Elemente. Sie entdeckt, dafs in der ganzen, anscheinend unübersehbaren und unzählbaren Masse von Tatbeständen, welche das tägliche Leben stets neu hervorbringt, eine verhältnismäfsig kleine Zahl von Elementen enthalten ist, welche, nur in verschiedener Zusammensetzung, immer wiederkehren. Diese Elemente der Tatbestände bilden gewissermafsen ein „Rechtsalphabet" (Jhering)[6]. So ist z. B. in allen Verträgen, im Kaufvertrag, Mietvertrag, Erbvertrag, Traditionsvertrag usw., das eine Tatbestandselement: Vertrag, d. h. Konsenserklärung, enthalten. Habe ich für den Kaufvertrag eine erschöpfende Reihe von Rechtssätzen, so habe ich notwendig auch Rechtssätze, welche sich auf dies Element des Kaufvertrags — die Erklärung eines übereinstimmenden Willens — beziehen. Diese Rechtssätze über das Tatbestandselement „Vertrag"

[5] v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, 3. Teil 1. Abt. (2. Aufl. 1871) S. 11.

[6] Geist des römischen Rechts, 1. Teil (3. Aufl.) S. 42.

(die also entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag zustande kommt, welche Wirkung der Irrtum, welche Wirkung eine beigefügte Bedingung oder sonstige Klausel hat, usw.) sind Obersätze, welche ich aus den Rechtssätzen über Kauf gewonnen habe und welche eine zahllose Menge von weiteren Rechtssätzen in sich schliefsen, welche mir auch über das Zustandekommen des Mietvertrags, des Erbvertrags, des Pfandbestellungsvertrags usw. Aufschlufs zu geben imstande sind (sofern nicht andere Obersätze ändernd eingreifen). Die analoge Anwendung eines Rechtssatzes fällt also mit der Entdeckung der Elemente des von ihm geregelten Tatbestandes zusammen, und es bedeutet solche analoge Anwendung nicht (wie der Laie es sich vorzustellen pflegt) die Anwendung eines gegebenen Rechtssatzes auf einen ungefähr ähnlichen Tatbestand (solche Analogie wäre vielmehr das Gegenteil von Jurisprudenz), sondern die Anwendung eines gegebenen Rechtssatzes auf genau den gleichen Tatbestand, sofern in einem anscheinend anderen konkreten Tatbestande das gleiche Element gefunden wird, welches durch den gegebenen Rechtssatz bereits seine Ordnung gefunden hatte.

Die andere Art analoger Rechtsanwendung pflegt Rechtsanalogie genannt zu werden[7]. Sie bedeutet Anwendung des einer Gruppe von Rechtssätzen (bezw. der ganzen Rechtsordnung) zugrunde liegenden Rechtsgedankens. Hier handelt es sich um die Elemente der Rechtssätze (nicht der Tatbestände). Die Elemente der Rechtssätze sind Rechtsgedanken, d. h. Zweckvorstellungen, welche durch die Rechtssätze verwirklicht werden sollen. Ein Rechtsgedanke ist z. B. der Zweck der Sicherung des Verkehrs (etwa durch die Rechtssätze vom gutgläubigen Erwerb), der Zweck des Schutzes von Treu und Glauben, der Zweck der Beherrschung des Staatsgebietes (Territorialitätsprinzip) und der Staatsangehörigen (Personalitätsprinzip) durch die staatliche Rechtsordnung. Die Rechtsgedanken bilden den

[7] Darüber ist in neuerer Zeit mehrfach verhandelt worden. Vgl. insbesondere Stammler, Die Lehre von dem richtigen Recht, 1902; Zitelmann a. a. O. (Anm. 1); Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozefsrechts, Bd. 2 (1907), S. 164 ff.

„Geist“ der geltenden Rechtsordnung. Auch der „Geist“ des Rechts ist eine geschichtliche, positive, gegebene Gröſse. Er ist nicht der Geist des Richters noch der Geist des (oft sehr fehlbaren) Gesetzgebers, sondern der Geist, der aus dem Gesamtzusammenhang aller Rechtssätze hervorleuchtet. Er ist, wenngleich in keinem Gesetzesparagraphen ausgesprochen, doch die Macht, die alles belebt und der sich letztlich alle Paragraphen beugen. Er offenbart sich nur dem Auge der Wissenschaft. Er gibt ihr Gewalt über die Rechtssätze, die Gewalt, dem in den Rechtsquellen enthaltenen starren, anscheinend unveränderlichen Recht die fortschreitende Bewegung, das Leben, die ewige Jugend mitzuteilen, welche sie selbst besitzt. Er gibt ihr zugleich die Macht, Lücken zu ergänzen, welche das positive Recht gelassen hat. Wo das Gesetz schweigt, hat die Rechtswissenschaft und die mit ihr verbündete Praxis die Antwort aus dem Geist des Rechts zu finden. Das höchste Ziel des Juristen ist, dem Geist zu dienen, nicht dem Buchstaben, aber nicht dem eigenen Geist, sondern dem Geist der Jahrhunderte: in Unterordnung unter das Recht dennoch alle Einzelrechtssätze zu beherrschen.

Die Fülle des Lebens empfängt nicht vom Gesetzgeber, sondern erst von der Wissenschaft ihr Gesetz.

II. Ihre praktische Aufgabe erfüllt die Rechtswissenschaft in der geschilderten Weise durch den materiellen Gewinn an Rechtssätzen und durch die Herausarbeitung des sachlichen Rechtsinhalts; ihre ideale, rein wissenschaftliche und zugleich, wie man sagen darf, künstlerische Aufgabe dagegen durch die Form der Darstellung, welche sie den Rechtssätzen gibt. In der Fülle des Stoffes wollen wir den einheitlichen Gedanken: so wollen wir in der Fülle der Rechtssätze die alles beherrschende Idee. Dieses Bedürfnis des menschlichen Geistes nach Einheit zu befriedigen, ist die ideale Aufgabe der Jurisprudenz. Zu diesem Zwecke vermeidet sie bei Darstellung der Rechtssätze die imperative Form, d. h. sie vermeidet es, die Rechtssätze einfach aufzuzählen. Sie handelt vielmehr von den Tatbeständen, an welche sich juristische Wirkungen anknüpfen, einerseits, von den Rechtswirkungen andererseits, um sowohl jene Tatbestände wie diese Wirkungen unter bestimmte Kategorien (d. h. Begriffe) zu

bringen, welche sie definiert. So heifst es also z. B. in wissenschaftlicher Darstellung nicht: wenn dir eine Sache auf Grund eines Kaufes übergeben worden ist, so hast du das Recht, die Sache zu behalten, jeder Dritte soll sie dir wieder herausgeben usw. Es heifst vielmehr: 1. Das Eigentum ist das seinem Inhalt nach unbeschränkte Recht der Herrschaft über eine Sache (Eigentumsbegriff). 2. Das Eigentum wird erworben durch Tradition (Definition der Tradition) oder durch Okkupation (Definition) oder durch Usukapion usw. An die Stelle einer Menge von Rechtssätzen tritt formell eine Menge von Begriffen: Begriffe von Befugnissen, Begriffe von Tatbeständen. Diese Begriffe treten dann scheinbar die Herrschaft über die Rechtssätze an, während sie in Wirklichkeit aus diesen Rechtssätzen gewonnen und von denselben abhängig sind. Die Wissenschaft leitet aus dem Begriff des Eigentums, aus dem Begriff der Tradition usw. die einzelnen positiven Rechtssätze ab, dieselben Rechtssätze nämlich, welche sie vorher in jene Begriffe hineingetan hat. Der Form nach verschwindet durch die Vorherrschaft des Begriffs die Positivität des Rechts. Die Wissenschaft verfährt, als ob sie jene Rechtssätze aus gewissen allgemeinen Prinzipien frei hervorbrächte. Gerade dadurch wird jenes Bedürfnis des menschlichen Geistes befriedigt, jenes Verlangen, welches die Herrschaft des Stoffes verabscheut.

Von den gewonnenen Begriffen begehren wir zu immer höheren Begriffen aufzusteigen. Daher ergibt sich aus dem idealen Instinkte der Rechtswissenschaft das Suchen nach dem Rechtssystem, d. h. nach einer Form der Darstellung, welche die ganze Masse des Rechts als die freie Entfaltung eines einzigen Begriffes, des Begriffes des Rechts, zur Anschauung bringt. Dann wird der Stoff verschwunden sein, und der Gedanke hat als Sieger das Feld behauptet.



Erster Teil.

Geschichte des römischen Rechts.

Einleitung.

§ 9.

Das quiritische Recht.

Zu der Zeit, da die Sonne der Geschichte über der Hügelstadt am Tiber aufgeht, hat das römische Recht bereits eine lange Entwickelung hinter sich. Es mufs wenigstens der Versuch gemacht werden, aus den Resten der Überlieferung ein, wenn auch nur ungefähres, Bild von der Art dieser vorgeschichtlichen Zustände, zugleich damit eine Anschauung von dem Boden zu gewinnen, aus dem die beglaubigte römische Rechtsgeschichte hervorgewachsen ist[1].

Die Vorzeit der römischen Staats- und Rechtsgeschichte ist die Zeit der Könige. Der Staat der Könige war ein Geschlechterstaat. Das Geschlecht, die Sippe ist die Keimzelle auch des römischen Staats gewesen. Dem König stand ein Rat von

---

[1] Um die römische Verfassungs- und Rechtsgeschichte haben hervorragende Verdienste sich erworben Mommsen, Römisches Staatsrecht, 3. Aufl., 3 Bde. 1887. Abrifs des römischen Staatsrechts (in Bindings Handbuch) 1893. Römisches Strafrecht (in Bindings Handbuch) 1899. v. Jhering Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung, 5. Aufl., 3 Bde. 1891. Eine eingehende Darstellung: Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, Bd. 2 Abt. 1. 2, 1885 ff. M. Voigt, Römische Rechtsgeschichte, 3 Bde. 1892—1902. Ein neues grundlegendes Werk erscheint gegenwärtig: Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf Diokletian (in Bindings Handbuch). Durch die Güte des Verfassers konnte ich für diese Auflage bereits die meisten Bogen des ersten Bandes benutzen. — Quellengeschichte: Paul Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts, 1888. Eine kürzere, den heutigen Stand der Wissenschaft wiedergebende Darstellung: Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 2. Aufl. 1903.

Ältesten aus den Geschlechtern (senatus)[3] und die Gesamtheit aller Genossen der Geschlechter (populus) gegenüber.

Es gab keine unmittelbare Zugehörigkeit des einzelnen zum Staat. Wer dem Staate angehören wollte, mufste zunächst einem der Geschlechter (gentes) angehören, aus denen der Staat sich zusammensetzte. Eine Gruppe von Geschlechtern bildete eine Kurie (curia), zehn Kurien bildeten ein Drittel (tribus), die drei Drittel (Ramnes, Titienses, Luceres) bildeten den Staat. In der Verfassung des Staates war die Kurie das unterste Glied: nach Kurien war die Wehrpflicht geordnet (jede Kurie stellte grundsätzlich eine centuria zum Fufsdienst, eine decuria zum Rofsdienst), und nach Kurien ward gestimmt (Kuriatkomitien). Innerhalb der Kurie war das Geschlecht als politische Einheit nicht vorhanden. Aber Kuriengenosse (quiris) und damit Bürger war nur der Geschlechtsgenosse (gentilis). Bürgerrechte (quiritische Rechte) konnten nur durch das Mittel der gentilizischen Rechte besessen werden. Erweiterung der Bürgerschaft war, aufser durch Aufnahme einzelner in ein schon bestehendes Geschlecht, nur durch Aufnahme neuer Geschlechter (gentes minores, „jüngere“ Sippen genannt) in die Kurien möglich. Der einzelne als solcher war der politischen Rechte und Pflichten unfähig. Politische Rechtsfähigkeit konnte ihm nur durch seine Sippe vermittelt werden.

Eine politische Körperschaft war die gens im Staate nicht mehr. Die politische Geschlossenheit der gens ward durch den Staat zerstört: darin bestand das Wesen der Staatsbildung. Auf wirtschaftlichem (wie auf sakralem) Gebiet aber blieb das Geschlecht von vorstaatlichen Zeiten her auch unter dem Königtum als Einheit noch lebendig. Die Äcker in der Feldflur (ager privatus) waren nicht dem einzelnen, sondern den Geschlechtern zugewiesen. Es gab kein Einzeleigentum an Grund und Boden. Selbst Haus und Garten (horctus) des Gentilen war, obgleich ihm dauernd „zugeteilt“,

---

[3] Jedes Mitglied des alten patrizischen Senates ist „dem Begriffe nach König“ und kann (als interrex) „tatsächlich als solcher fungieren“ (Mommsen, Abrifs S. 306). Das Königtum selbst ist offenbar aus der Stellung eines Geschlechtsältesten hervorgewachsen.

dennoch nicht ihm eignendes Besitztum, sondern Gemeineigen des Geschlechts und darum unveräufserliches „Erbe" (heredium)[3]. Wie einst bei den Germanen so war auch bei den alten Römern die Wirtschaft des einzelnen ein Bestandteil der Gemeinwirtschaft des Geschlechts. Freies Sonderrecht des einzelnen gab es nur an dem, was der Mann „in der Hand" (in manu) hatte, d. h. aufser an Frau (uxor in manu)[4] und Kindern an Sachen, die des „Handgriffs" (mancipium) fähig sind: Sklaven (mancipia) und Arbeitsvieh (res mancipii). Nur bewegliche Sachen sind handgreifbar. Nur bewegliche Sachen, ja ursprünglich nur solche bewegliche Sachen, welche Arbeitskräfte „in der Hand" des Bauern darstellen (Sklaven und Zug- und Lasttiere) sind in der alten Zeit imstande, Gegenstand des vollen Eigentums (res mancipii, vgl. unten § 59), nämlich des Sondereigentums des einzelnen zu sein. Aber auch dies Sondereigen ist aus einstigem Gemeineigen hervorgegangen. Das Gemeineigentum der Gentilen an aller, auch an der beweglichen Habe ist die urgeschichtliche Grundlage des ergänzend (wenn keine Agnaten da waren) eintretenden Erbrechts der Gentilen (unten § 111), das noch bis in den Anfang der Kaiserzeit gegolten hat[5]. Das Geschlecht erscheint in jenen ältesten Zeiten als Träger der Wirtschaft, des Eigentums: alles Eigentum ist grundsätzlich Gesamteigentum der Geschlechtsgenossen. Das Geschlecht vermittelt in der Urzeit die Eigentumsrechte wie die Bürgerrechte seines Genossen. Der einzelne ist durch sich selber nichts. Was er ist, das ist er (politisch und wirtschaftlich) durch seine Familie, und zwar durch seine Gesamtfamilie, die gens. Auch die Einzelfamilie ist nur im Schutz und Schirm der Sippe, nur als Zweig am

---

[3] In demselben Sinn erscheint die „terra salica" der späteren Texte der Lex Salica, d. h. das dem einzelnen zu dauernder Nutzung zugewiesene „Volkland" (vgl. Berichte der kgl. sächs. Gesellsch. d. Wissensch. phil.-hist. Klasse 1896 S. 164 ff.), gleichzeitig in der Lex Ribuaria tit. 56, 4 unter dem Namen „hereditas aviatica", „Erbland".

[4] Vgl. unten § 92. Dem lateinischen manus entspricht das deutsche munt (Vormundschaft) sowohl sprachlich wie sachlich. Munt bedeutet die Hand und ist der älteste deutsche Ausdruck für das Eigentum des einzelnen. Vgl. A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 1, S. 95 ff. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 75.

[5] Vgl. zu dem obigen Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 3, S. 23 ff.

Baum der Sippe (gens) daseinsfähig. Es lebt die Sippe, nicht der einzelne.

Es leidet keinen Zweifel, dafs die wirtschaftliche Bedeutung des Geschlechtsverbandes auch für seine politischen Wirkungen entscheidend gewesen ist. Weil der Geschlechtsverband den Genossen die Eigentumsrechte, darum vermittelte er ihnen auch die Bürgerrechte. Das Privatrecht bildet die Grundlage des öffentlichen Rechts.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Geschlechtsverbandes aber ist in Rom noch während der Königszeit durch das aufsteigende Privateigentum des einzelnen zerstört worden. Die Folge ist die Zerstörung auch des Geschlechterstaates gewesen. Umbildung der wirtschaftlichen Verhältnisse erzwingt die Umbildung des Gemeinwesens.

Der ausschlaggebende Vorgang war die Erstreckung des Sondereigentums von beweglichen Sachen auf den Grundbesitz. Der Grund und Boden ist die wirtschaftliche Grofsmacht der alten Zeit. Zuerst ist der städtische Grundbesitz (Haus und Garten in der Stadt) als Sondereigen des einzelnen betrachtet worden. Der Acker in der Feldflur folgte nach. Der Geschlechtsbesitz in der Feldmark ward an die einzelnen aufgeteilt. Nur die Nachwirkungen des ehemaligen Gesamteigentums blieben im Erbrecht und dem (mit dem Erbrecht zusammenhängenden) Vormundschaftsrecht aufrecht. Der Grund und Boden ward zu einer „handgreifbaren“ Sache (res mancipii). Er ward privatrechtlich mobilisiert, um in das freie Sonderrecht des einzelnen einzutreten.

Die Überlieferung setzt die entscheidende Wendung in die Zeit des Servius Tullius[6]. Aber durch die servianische Ver-

---

[6] Auf Servius Tullius wird die Einteilung der Stadt Rom in vier örtliche Tribus zurückgeführt. Den städtischen Tribus folgte die Schaffung von sechzehn ländlichen Tribus nach (vgl. Anm. 12). Die örtliche Tribus bedeutet das Gebiet des Sondereigentums. Die Aufteilung des Geschlechtsbesitzes in der Stadt wird durch die städtischen, die des Bodens in der Feldmark durch die ländlichen Tribus ausgedrückt. Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 3, S. 162 ff. Die Begründung der ländlichen Tribus und damit eine „Bauernbefreiung“ setzt K. J. Neumann, Die Grundherrschaft der römischen Republik (1900), in das Jahr 457 v. Chr. Ed. Meyer im

fassung ist augenscheinlich nur das letzte Endergebnis schon von langher tatsächlich durchgesetzter Verhältnisse verwirklicht worden. Wir sehen dies am deutlichsten daraus, dafs die Entstehung des Sondereigentums am Grund und Boden mit einer anderen, gewohnheitsmäfsig allmählich vollzogenen Entwickelung aufs innigste verbunden gewesen ist: mit der Entstehung des freien Plebejertums.

Den Geschlechtern der Freien standen von altersher die Unfreien (servi) gegenüber. Die Unfreien sind als solche nicht Person, sondern Sache, von allem Privatrecht wie von allem Bürgerrecht ausgeschlossen. Die Bestimmung der Unfreiheit aber ist ihr Aufsteigen zur Freiheit. Im alten Rom ist die Rechtsform für dies Aufsteigen die Klientel gewesen. Klienten (Hörige) waren diejenigen Unfreien, die tatsächlich nicht als Sachen (servi), sondern als „Kinder“ (liberi) im Hause behandelt wurden. Rechtlich waren sie (als Unfreie) nicht Vaterssöhne (patricii), noch konnten sie Väter (patres) im Rechtssinne sein. Aber tatsächlich standen sie freien Hausangehörigen gleich. Sie waren einem aus den Geschlechtern „hörig“ (clientes) und zählten zu seiner gens und curia, nicht als Genossen, sondern nur als Schützlinge. Aber die, wenn auch nur passive, Zugehörigkeit zur Ordnung der Geschlechter gab ihnen die (wenngleich ebenfalls nur passive) Zugehörigkeit an die römische Gemeinde. Werdende Freiheit lag darin. Für die Fortentwickelung der Klientel ist namentlich die Aufnahme von ganzen Bürgerschaften unterworfener Städte in die römische Gemeinde von mafsgebender Bedeutung geworden: die nicht als Genossen, aber auch nicht als Knechte aufgenommenen (stammverwandten) Besiegten konnten in kein anderes Verhältnis als das der Hörigkeit eintreten. Sie wurden als Schützlinge an die Patrizier aufgeteilt. Sie waren dem Namen nach einem Patrizier „angehörig“ [7]. Tatsächlich waren sie frei. Sie behielten (und sollten behalten) ihre Habe. Sie behielten ihre Ehe, ihre (Sonder-)Familie. Nur eine Sippe (gens)

Hermes Bd. 30 (1895) S. 17 schreibt die Einrichtung der ländlichen Tribus den Dezemvirn zu.

[7] Mommsen, Römische Forschungen, Bd. 1, S. 355; Röm. Staatsrecht Bd. 3 S. 54 ff.

vermochten sie nicht zu bilden[8]. Sie gehörten ja einer patrizischen gens, wenngleich nur als Schutzgenossen, an[9]. Infolgedessen besafsen sie denn auch zunächst von Rechts wegen ihre Habe sowie Frau und Kinder nicht kraft eigener Persönlichkeit, sondern (nach Art der Klienten) nur durch das Mittel des Sippegenossen, des Patriziers, dem sie als ihrem Patron „angehörten“. Aber ihre Zugehörigkeit zum Patron und folgeweise zur gens bestand bei diesen in Masse und mit tatsächlicher Belassung ihrer Freiheit aufgenommenen Schützlingen nur in der Vorstellung. In Wahrheit traten diese Schutzgenossen als sippelose Leute, als einzelne in die römische Rechtsordnung ein. Eine Tatsache von unermefslicher Tragweite. Der Bruch mit dem überlieferten Recht war da. Aber er ist, ganz nach römischer Art, nicht mit einem Male vollzogen worden. Der Kampf um die Durchführung des neuen Rechtsgedankens erfüllt die ganze erste (in der Hauptsache vorgeschichtliche) Epoche der römischen Rechtsentwickelung. Es war der Kampf, bei dessen glorreichem Ausgang dem römischen Recht und Staat die Pforten der Weltgeschichte sich öffneten.

Die als Hörige in den römischen Gemeindeverband aufgenommenen besiegten Bürgerschaften waren es, welche die Zahl der Klienten zur Masse der römischen Bevölkerung machten. Als „Menge“ (plebes) traten sie den Geschlechtern (dem patrizischen populus) gegenüber. In ihrer Menge lag ihre Macht. Nur ein Teil der Klienten ist auch rechtlich im Klientelverhältnis verblieben. Für die grofse Mehrzahl ward die Hörigkeit der Durchgangspunkt zur rechtlichen Freiheit, nämlich zur Freiheit der „Plebejer“[10].

Zuerst ist den Plebejern Rechtsfähigkeit auf dem Gebiete des Privatrechts zugestanden worden. Ihre (bewegliche) Habe ward als Eigentum im Rechtssinne, ihre Ehe als rechte Ehe an-

---

[8] Die plebejischen „gentes“ hiefsen in der genauen Rechtssprache stirpes, nicht gentes. Sie waren keine gentes im Rechtssinn. Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 3, S. 74.

[9] Das Stimmrecht der Plebejer in den Kurien ist jüngeren Ursprungs. Mommsen a. a. O. S. 92. 93.

[10] Vgl. zu dem obigen die grundlegenden Ausführungen von Mommsen a. a. O. S. 55 ff.

erkannt. Dieser wichtigste Vorgang der ältesten Zeit ist von keinem urkundlichen Denkmal überliefert. Er hat sich wahrscheinlich durch unbewufste Änderung der Rechtsüberzeugung im Wege gewohnheitsmäfsiger Übung durchgesetzt. Die gröfsten und folgenreichsten Umwälzungen in der Geschichte vollziehen sich, ohne dafs sie wahrgenommen werden.

Die Rechtsfähigkeit des Privatrechts ist nach altem Recht ein Bestandteil des Bürgerrechts. Nur der Bürger ist Person. Die private Rechtsfähigkeit des Plebejers bedeutete bereits seine Anerkennung als Bürger. Er war des quiritischen Eigentums (des Eigentums eines römischen Bürgers), er war der rechten Ehe (der Ehe nach Art einer römischen Bürgerehe) teilhaftig geworden. Auf dem Gebiete des Privatrechts war die grofse Änderung durchgesetzt. Der Plebejer war zum Rechtsgenossen des Patriziers geworden. Der Plebejer nahm darum auch an der Entwickelung Anteil, welche in Rom zur Ausbildung quiritischen Sondereigens am Grund und Boden führte. Ja, der Sieg des Sondereigens hing mit dem Aufkommen des Plebejertums zusammen. Das Eigentum der Plebejer war von vornherein tatsächlich Eigentum aufserhalb des Geschlechtsverbandes. Es war von vornherein tatsächlich Eigentum des sippelosen Mannes, des einzelnen. Aus den plebejischen Kreisen stieg die Idee des freien Sondereigentums hervor, die den Geschlechtsverband der alten Familie zerstörte. Die Aufteilung der Äcker (auf denen die Plebejer zunächst vielleicht formell als blofse Bittbesitzer gesessen hatten) ist den Plebejern ebenso wie den Patriziern zugute gekommen, ja, wie es scheint, an erster Stelle gerade den Plebejern [11]. Diese Tatsache spricht sich in der „servianischen“ Verfassung aus.

Für das wirtschaftliche Gebiet war die alte Geschlechterverfassung gesprengt. So mufste sie auch für die öffentliche Verfassung aufgegeben werden. Servius Tullius vollzog nach der Überlieferung die formale Anerkennung des privaten Sonderrechts am Boden [12] auch dadurch, dafs er die Wehr- und Steuerverfassung

---

[11] Vgl. M. Weber, Römische Agrargeschichte 1891, S. 117. 118.

[12] Der städtische Boden ward jedenfalls damals schon aufgeteilt, und die Aufteilung auch des Ackers (Einrichtung der ländlichen Ortstribus) bereitete sich vor, vgl. Mommsen S. 244 und oben Anm. 6.

auf diese neue Grundlage stellte. Die Plebejer waren Anteilhaber des Nationalvermögens geworden. Sie sollten nunmehr mit zur bürgerlichen Wehr- und Steuerpflicht herangezogen werden. Die Wehr- und Steuerpflicht ward dem Grundbesitz auferlegt. Die Bürgerschaft ward nach der Gröfse ihres Landloses für den Fufsdienst in fünf Stufen eingeteilt: jede Stufe war in einer bestimmten Zahl von Abteilungen (centuriae) dienstpflichtig[13]. Der Dienst in den Reiterzenturien ward besonders geregelt. Die Reiterzenturien waren ständig unter Waffen. Die Zenturien des Fufsvolks bestanden als solche aus Aushebungspflichtigen, nicht aus Ausgehobenen. Der Steuerordnung andererseits diente die Einteilung des ager privatus in die örtlichen Tribus (oben S. 42 Anm. 6).

Der Reform der Wehr- und Steuerpflicht folgte naturnotwendig die Reform des Stimmrechts. Spätestens zu Anfang der Republik ist das Bürgerheer neuer Ordnung zum regierenden populus Romanus geworden. Die Obrigkeit (ein magistratus populi Romani) stellte den Antrag. Das Heer entschied. Nach Zenturien ward gestimmt. Die 18 Reiterzenturien stimmten zuerst. Dann das Fufsvolk nach seinen Stufen (die erste Stufe der classici in 80, die anderen vier Stufen zusammen in 90 Zenturien). Reiterei und erste Klasse (Vollhufner) zusammen bildeten bereits die Mehrheit[14]. Die wirtschaftliche Vormachtstellung des Grund und Bodens übertrug sich auf den Staat.

Die Kuriatkomitien wurden, ausgenommen die Regelung gewisser Fragen des Geschlechterrechts[15], für die Ausübung der Souveränetätsrechte der römischen Gemeinde durch die Zenturiatkomitien neuer Art ersetzt. Die grofse Wendung war

[13] Die erste Stufe des Fufsvolks war die classis: sie stellte die eigentliche „Linie" der Phalanx. Später ist der Ausdruck classis auch auf die unteren vier Stufen übertragen worden, so dafs man fünf classes zählte. Mommsen S. 263.

[14] Über die spätere Entwickelung, welche die Ordnung der Zenturiatkomitien, der Wehrpflicht, der Steuerpflicht genommen hat, vgl. Mommsen Bd. 3, S. 247 ff.

[15] Z. B. wenn ein selbständiger männlicher Bürger durch adrogatio (vgl. unten § 100) in ein anderes Geschlecht übertreten wollte, vgl. Mommsen Bd. 3, S. 318 ff.

damit eingetreten [16]. Eine neue Gemeinde war da: der patrizisch-plebejische populus Romanus. Die Plebejer hatten die Rechtsfähigkeit auch des öffentlichen Rechts erstritten. Aus Nichtbürgern waren sie Bürger wie des Privatrechts so des öffentlichen Rechts geworden. Die Patrizier standen ihnen nur noch als Adel mit bestimmten Vorrechten gegenüber, deren Grundlage hinweggefallen war. Die Beseitigung der letzten Reste des alten Standesunterschiedes, die Erlangung der Ebenbürtigkeit (des conubium mit den Patriziern) sowie die Eroberung des gleichen Rechts auf Ämter und Priestertümer (diese beiden letzten Entwickelungsstufen fallen erst nach den zwölf Tafeln) [17], war nur noch eine Frage der Zeit. Die Menge stieg von Hörigkeit zur vollen Freiheit auf. Damit beginnt die Kraft des römischen Staatswesens und der grofse Gang der römischen Rechtsgeschichte.

Die Königszeit endigt mit dem Untergang des Geschlechterstaates, zugleich mit der Wiedergeburt des populus Romanus auf

---

[16] Die Tributkomitien, d. h. nach örtlichen Bezirken zusammentretende Versammlungen des patrizisch-plebejischen populus Romanus (vgl. Anm. 17 a. E.), die zunächst als Komitien minderen Rechts (comitia leviora) den Zenturiatkomitien zur Seite traten, schlossen keinen schöpferischen neuen Grundgedanken in sich. Mommsen a. a. O. S. 322 ff.

[17] Die Lex Canuleja v. J. 309 d. St. (445 v. Chr.) gab den Plebejern das conubium mit den Patriziern. Lex Licinia (387 d. St., 367 v. Chr.): einer der Konsuln mufs ein Plebejer sein. Die tribuni plebis, deren Amt vielleicht uralt ist, wenngleich ihnen erst infolge der ersten secessio das Interzessionsrecht beigelegt wurde, i. J. 260 d. St., 494 v. Chr., waren als solche nicht magistratus populi Romani, sondern nur plebei magistratus. — Neben den Versammlungen (comitia) des populus, d. h. der patrizisch-plebejischen Gesamtgemeinde, gab es Sonderversammlungen nur der Plebejer (concilia plebis), deren Beschlüsse (plebiscita) als solche keine lex (sondern nur ein Beschlufs, scitum), d. h. für die Gesamtgemeinde, den populus, unverbindlich waren, es sei denn (so ist wenigstens wahrscheinlich), dafs der Senat den an die plebs gebrachten Antrag zuvor genehmigt hatte. Erst eine lex Hortensia (zwischen 289 und 286 v. Chr.) gab den Plebisziten unbeschränkte Rechtskraft, so dafs auch das Plebiszit als lex die ganze Gemeinde („alle Quiriten“) band. Die plebejischen concilia waren seit 471 v. Chr. nach Quartieren, tribus, geordnet, und nach Vorbild dieser plebejischen Versammlung sind dann auch patrizisch-plebejische Tributkomitien (vgl. Anm. 16) abgehalten worden. Vgl. Mommsen S. 150 ff. 322 ff.

breiterer Grundlage. Der Bürger der neuen Bürgergemeinde hiefs civis. Vor ihm verschwand der quiris (der Kuriengenosse), der Bürger alten Stils. An die Stelle des quiritischen Rechts trat das Zivilrecht, das Recht für den einzelnen Bürger als solchen, dessen Freiheit nur noch in der Angehörigkeit an die Gemeinde (civitas), nicht mehr in der Angehörigkeit an das Geschlecht beruht, — und die Geschichte des römischen Zivilrechts wird der unsterbliche Inhalt der römischen Rechtsgeschichte sein.

§ 10.

Stufen der Entwickelung des römischen Zivilrechts.

Ein Zweifaches charakterisiert die im obigen geschilderte Vorgeschichte des römischen Rechts.

Einmal das Überwiegen der Macht des Grundbesitzes. In dem alten Gemeineigen der Geschlechter am Grund und Boden wurzelte die Geschlechterverfassung. Mit der Aufteilung des Grund und Bodens ging sie dahin, um einer neuen, wiederum auf dem Grundbesitz ruhenden Verfassung Platz zu machen.

Zum andern fällt die Kraft auf, mit welcher die Durchführung des Sonderrechts am Grund und Boden verhältnismäfsig so früh sich durchsetzte und so schnell ihre Folgerungen aus sich hervorbrachte. Die ganze Entstehungsgeschichte des freien Sondereigens auch am Land ist schon in der Vorzeit (der Königszeit) zu ihrem Abschlufs gebracht worden. Während die deutsche Rechtsentwickelung sich noch während des ganzen Mittelalters vorwiegend in gebundenen Grundbesitzformen: Gesamteigen, Lehnrecht, Leiherecht, bewegt, setzt die römische Rechtsgeschichte in dem Augenblick, wo die klare Überlieferung beginnt, sofort mit dem freien Privateigentum auch am Grund und Boden ein, um den Grundsatz der Freiheit des Eigentums zum Leitstern der ganzen römischen Privatrechtsentwickelung zu machen.

Wir erkennen sofort, dafs die städtische Wirtschaft den Gedanken des freien Eigentums in Rom so früh zum Siege geführt hat. Von vornherein steht im Mittelpunkt der römischen Geschichte, auch der römischen Rechtsgeschichte die urbs, die

Stadt. In der Stadt wird der Handel geboren[1]. Der Handel verlangt die Freiheit des Eigentums. In der Stadt entsteht die geschlossen beieinander wohnende Menge, und die Menge zerreibt den Zusammenhang der Sippe, um die Einzelpersönlichkeit hervorzubringen: an die Stelle der Geschlechtergemeinde tritt die Gemeinde der Ortsangehörigen. Das deutsche Recht ist noch durch das ganze Mittelalter an erster Stelle Landrecht gewesen. Das römische Recht unterscheidet sich dadurch, dafs es als Stadtrecht in die Geschichte tritt. Das deutsche Recht hat noch fast durch das ganze Mittelalter seine entscheidenden Antriebe vom Bauern und vom Adligen empfangen. Das römische Recht war von vornherein darauf angelegt, städtisches, bürgerliches Recht zu sein.

Die Geschichte des römischen bürgerlichen Rechts hat in zwei Entwickelungsstufen sich vollzogen.

Die erste Stufe ist die Zeit des Ackerbürgertums[2]. Der Bürger der patrizisch-plebejischen Gemeinde trägt noch die Scholle von draufsen an seinen Füfsen; erdgeborene Kraft ist in ihm lebendig. Die Pflichten und der Wert des römischen Bürgers bemessen sich nach seinem Acker. Die Hufe macht den Mann. Der Vollhufner (classicus) gibt den Ausschlag in den Zenturiatkomitien (oben S. 46). Nachdem der römische Plebejer das freie Sondereigen an Haus und Ackerfeld sich erstritten hat, tritt das Recht am ager publicus, dem Gemeindeland (ursprünglich Weideland), in den Mittelpunkt seines wirtschaftlichen und politischen Interesses. Der Kampf zugleich um die Erweiterung und um die Verteilung des ager publicus erfüllt fast die ganze Zeit der römischen Republik.

Der römische Ackerbürger ist der eigentliche Vertreter des echt-römischen Bürgertums. Das Zivilrecht dieser Zeit ist national-römischer (lateinischer) Art. Es ist streng, schwerfällig, genau in der Form und noch arm an Rechtsgeschäften. Es ist bereits bürgerliches Recht, auf der Frei-

---

[1] Auch in Rom hat das Handelsinteresse sich früh geltend gemacht, Mommsen, Röm. Geschichte, 8. Aufl., Bd. 1, S. 46 ff. Die Patrizier der alten Zeit erscheinen als „Grofshandel treibende Grofsgrundbesitzer", M. Weber, Röm. Agrargeschichte, S. 116.

[2] Vgl. M. Weber, Röm. Agrargeschichte, S. 117.

heit des Eigentums und der Freiheit des Verkehrs beruhend, aber der Hauch altbäuerlicher Beschränktkeit und Enge liegt noch darüber. Das römische Recht dieser Zeit ist Stadtrecht, einer national bestimmten und begrenzten Gemeinde dienend, und zwar ackerbürgerliches Stadtrecht: sein Wesen ist das jus strictum, das strenge Recht eines noch langsamen Verkehrs.

Mit den politischen Erfolgen Roms dehnte sich der Kreis der römischen Gemeinde. Gegen das Ende der Republik war das römische Bürgerrecht über Italien ausgebreitet und der Boden Italiens römischer ager privatus geworden. Gleichzeitig ward Rom der Mittelpunkt der Weltherrschaft und des Weltverkehrs.

Die Entscheidung in dem Kampf um die Weltherrschaft war durch die punischen Kriege herbeigeführt worden. Seitdem begann die zweite Epoche der römischen Geschichte, des römischen Rechts.

Der Hannibalische Krieg verwüstete die Kraft des italischen Bauernstandes, zugleich des römischen Ackerbürgertums. Im Unterliegen gab der grofse Punier dem national-römischen Wesen die tödliche Wunde, dem werdenden römischen Reich den Keim des Untergangs. Die Zahl der kleinen Grundbesitzer schwand dahin. Das Grofsbürgertum der Latifundienbesitzer und Grofshändler blieb übrig, mit seinen Sklavenscharen die freie Arbeit und damit die Freiheit der Masse niederdrückend. Von Italien aus ging das Latifundienwesen über die römische Welt, Unfreiheit um sich zu verbreiten. Der freie Kleinpächter des Grofsgrundbesitzers ward seit dem Ende des 3. Jahrhunderts n. Chr. zum erblichen, an die Scholle gebundenen Hörigen (Kolonen)[8]: die Arbeit des freien Mannes ward dem Grofsgrundherrn untertan. Da einst die Hörigen zu Freien wurden, stieg Rom empor; als die Gemeinfreien in Hörige sich verwandelten, mufste es unter-

[8] Unsere Kenntnis der Verhältnisse des Grofsgrundbesitzes im Kaiserreich ist in neuerer Zeit wesentlich gefördert worden durch: Ad. Schulten, Die römischen Grundherrschaften (1896); Rud. His, Die Domänen der römischen Kaiserzeit (1896); Ed. Beaudouin, les grands domaines dans l'Empire Romain (1898); Mitteis, Zur Geschichte der Erbpacht (unten § 70, Anm. 2), Vgl. die folgende Anm.

gehen. Das Christentum kam, um der Masse das Evangelium zu verkündigen, aber es kam zu spät, um einen entscheidenden Einfluſs auf die Neugestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse auszuüben. Das Reich fiel in die Hände der Barbaren.

Dem römischen Staat brachte die Begründung der Weltherrschaft zugleich den Anfang seines Verderbens. Das römische Recht aber, an erster Stelle das römische Privatrecht, ist in derselben Zeit auf den Höhepunkt seiner Entwickelung geführt worden. Der Groſskapitalisten- und Groſsgrundbesitzerstand ward in den ersten drei Jahrhunderten der Kaiserzeit der Träger eines Weltverkehres, dessen Kraft und geldwirtschaftliche Entwickelung an die Gegenwart erinnert[4]. Rom war nicht mehr die Landstadt von ehedem. Die Völker und Schätze der Welt begegneten sich auf seinem Markte. Mit den ausgleichenden Wirkungen des Verkehrs verband sich die überallhin vordringende hellenistische Bildung. An die Stelle des Ackerbürgers trat der Weltbürger; aus dem ackerbürgerlichen muſste weltbürgerliches Recht hervorgehen. Und so geschah es. Das überkommene jus civile (Bürgerrecht) ward im Sinne des neben ihm zur Ausbildung gelangten Fremdenverkehrsrechts (jus gentium) umgebildet, im Sinne eines Rechts, welches Leichtigkeit der Verkehrsformen mit wunderbarem Reichtum des Inhalts vereinigte, welches den Anforderungen der Billigkeit, den Gedanken von Treu und Glauben, ohne die ein entwickelter Verkehr nicht sein kann, zugleich Raum und bestimmte Gesetze zu geben vermocht

---

[4] Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., Bd. 1, 1891, S. 65 ff.; Ed. Meyer in Conrads Jahrb. f. Nationalök. 1895 S. 696 ff.; Mitteis, Aus den griechischen Papyrusurkunden (1900) S. 24 ff. Seit dem 4. Jahrhundert setzt eine rückläufige Entwickelung ein: die Naturalwirtschaft tritt wieder in den Vordergrund (Mitteis S. 26 ff.) Zur vollen Entfaltung der Geldwirtschaft fehlte dem römischen Reiche die nötige Ausbildung des Verkehrswesens. Seit dem Ende des 3. Jahrhunderts schlieſst sich der das Land beherrschende Groſsgrundbesitz gegen die Stadt ab, um eine sich selbst genügende Hauswirtschaft hervorzubringen. Dadurch erlosch die Kraft der Städte und zugleich die Kraft des Reiches. Das sich auflösende weströmische Kaiserreich überlieferte dem kommenden Mittelalter eine vom Groſsgrundbesitz geleitete Naturalwirtschaft, die erst nach Jahrhunderten durch das neu aufkommende Städtewesen überwunden werden konnte.

hat, Im Anfang des dritten Jahrhunderts (Caracalla) ward das römische Bürgerrecht auf die grofse Masse der Reichsangehörigen übertragen (unten §§ 20. 33). Formell galt das römische Zivilrecht immer noch lediglich für den römischen Bürger. Aber der „römische Bürger“ war jetzt der Bürger des Weltreichs. Aus Privatrecht national bestimmter und national begrenzter Art verwandelte sich das römische Zivilrecht in ein Privatrecht für den Bürger des orbis terrarum, in ein Recht für die abstrakte Privatperson, für die Privatperson als solche, für die unsterbliche Privatperson, und zugleich das römische Verkehrsrecht in ein abstraktes Verkehrsrecht für den Verkehr als solchen, für den Verkehr dieser wie jeder anderen Zeit. Dadurch empfing das römische Privatrecht seine Unvergänglichkeit. Das national-römische Bürgertum mufste untergehen, um in seinem Untergange sein lebenskräftigstes Erzeugnis hervorzubringen: das römische Weltprivatrecht. Das römische Recht hiefs noch immer Zivilrecht. In Wahrheit war aus Stadtrecht Weltrecht hervorgegangen.

So ergeben sich zwei grofse Perioden der römischen Rechtsgeschichte: die Zeit des Stadtrechts (bis in das letzte Jahrhundert der Republik) und die Zeit des Weltrechts (die Kaiserzeit). Dort (zur Zeit des Stadtrechts) überwiegt das strenge, formale, national-römische (lateinische) Recht (jus civile alter Art), hier (zur Zeit des Weltrechts) ein billiges, formfreies, aus dem Weltverkehr (jus gentium) und der Wechselwirkung römischen und hellenischen Wesens hervorgegangenes Recht (das jus civile der Zukunft).

Erstes Kapitel.

Die Zeit des Stadtrechts.

§ 11.

Die zwölf Tafeln.

Das römische Stadtrecht heifst und ist jus civile, Bürgerrecht: es gilt nur für die Bürger der Stadtgemeinde Rom. Die erste gröfsere Darstellung empfing das Stadtrecht Roms durch

die Zwölftafelgesetzgebung (vom Jahr 303. 304 d. St., 451. 450 v. Chr.)[1], mit welcher zugleich die geschichtlich beglaubigte Entwickelung des römischen Rechts anhebt, die, ununterbrochen voranschreitend, später im Corpus juris civilis endigte.

Das altrömische Recht, wie es in den zwölf Tafeln teils erscheint, teils vorausgesetzt wird, ist förmlich und streng.

Den Privatverkehr beherrschen zwei Rechtsgeschäfte: die mancipatio (in der alten Sprache: mancipium) und das nexum. Beide werden vom altrömischen Sprachgebrauch unter dem Wort nexum (im weiteren Sinn) zusammengefafst, so dafs auch die mancipatio (z. B. häufig bei Cicero) nexum heifsen kann. Nexum im weiteren Sinn ist das rechtsförmliche „bindende" Rechtsgeschäft. Es bindet durch den feierlichen Gebrauch von „Erz und Wage" (per aes et libram)[2].

Die mancipatio ist der feierliche Kauf per aes et libram[3]. Vor fünf Zeugen (cives Romani puberes) wird den Kaufpreis darstellendes ungemünztes Kupfermetall (aes, raudus, rauduscalum) durch einen gelernten Wägemeister (libripens) dem Verkäufer zugewogen und von dem Käufer mit feierlichen

---

[1]) Die Echtheit der zwölf Tafeln ist in neuerer Zeit angegriffen worden von Pais, Storia di Roma (vol. I, Torino 1898/99), und Lambert, La question de l'authenticité des XII tables, in der Nouv. revue historique de droit 1902 (Heft vom März und April) sowie in späteren Abhandlungen, vgl. Zeitschr. der Sav.-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanist. Abt., Bd. 26 S. 498. Lamberts Aufstellungen sind voll Geist und gelehrten Scharfsinns, aber nicht durchschlagend. Gegen ihn hat Girard in derselben Nouv. revue 1902 (Heft vom Juli und August) die Echtheit erfolgreich verteidigt. Die deutsche Wissenschaft hat Lamberts Ergebnis gleichfalls abgelehnt. Vgl. den interessanten Bericht von Erman in der Zeitschrift der Sav.-Stiftung Bd. 23, S. 450 ff. und die gegen Lambert gerichteten Ausführungen von Lenel in derselben Zeitschr. Bd. 26, S. 498 ff. Kipp Gesch. der Quellen des röm. Rechts, 2. Aufl., S. 32.

[2] Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 136 ff., dessen Ausführungen über den Begriff des nexum abschliefsend sein dürften.

[3] Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. 1 (1876). Dazu Degenkolb in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 20, S. 481 ff. W. Stintzing, Über die mancipatio, 1904, und: Nexum mancipiumque und mancipatio, 1907. S. Schlofsmann, In jure cessio und mancipatio (akademische Festschrift), Kiliae 1904. Rabel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 27 S. 300 ff.

Worten die gekaufte Sache (bezw. ein das Grundstück darstellendes Symbol) als sein Eigentum mit der Hand ergriffen (daher die Bezeichnung der Handlung als „Handgriff").

GAJUS Inst. I § 119: Est autem mancipatio . . . imaginaria quaedam venditio, quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est. Eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio ejusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

Das Zuwägen des aes durch den libripens war vor den zwölf Tafeln die ernsthafte Zahlung des Kaufpreises oder konnte es wenigstens sein (es gab noch kein gemünztes Geld). Die mancipatio war keine imaginaria venditio, sondern eine wirkliche venditio. Die Dezemvirn aber führten das gemünzte Geld in Rom ein (Kupfergeld, das As; später, um 268 v. Chr., folgte dem Kupfergeld das Silbergeld, der Denar). Der Formalismus der Manzipation blieb trotzdem unverändert. Es blieb der libripens, es blieb das Zuwägen, obgleich das Zuwägen von ungemünztem aes jetzt keine Zahlung mehr war. Das Ritual der mancipatio schlofs nunmehr eine blofse Scheinzahlung in sich. Die wirkliche Zahlung lag aufserhalb der Manzipation. Daher der Rechtssatz der zwölf Tafeln, dafs die Rechtskraft der Manzipation von wirklicher Zahlung (oder doch Sicherstellung) des Kaufpreises abhängig sei[4]. Die Manzipation blieb ein wirklicher Kauf, und zwar grundsätzlich ein Barkauf, ein engherziges, nur einem einzigen wirtschaftlichen Zwecke

---

[4] Vgl. § 41 I. de rer. div. (2, 1): Venditae vero et traditae (res) non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore vel pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum. — In der Vorlage, welche bei Abfassung dieser Institutionenstelle benutzt ist, wird gestanden haben: venditae vero et mancipatae res. Allerdings ist das keineswegs sicher. Über die Gründe für und wider vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 186. 187. Ob wirklich schon die zwölf Tafeln der Zahlung des Preises die Sicherstellung desselben gleichsetzten, mufs dahingestellt bleiben.

dienstbares Rechtsgeschäft, mit unbeweglichen Feierlichkeiten umkleidet. Der Manzipationskauf war die einzige gültige Form des Kaufgeschäfts, zugleich die einzige vom Zivilrecht ausgebildete Form für die Veräufserung des Eigentums durch Privatrechtsgeschäft. Nur das entgeltliche Veräufserungsgeschäft war also rechtlich gültig, und nur vor fünf Zeugen und mit dem libripens, und nur die Veräufserung der gegenwärtigen Sache[5], und nur die Veräufserung so vieler Sachen, als der Käufer auf einmal mit der Hand ergreifen (manukapieren) konnte. Sollte eine gröfsere Anzahl von Sachen manzipiert werden, so mufste der ganze Ritus der Manzipation immer aufs neue wiederholt werden[6]. Ein noch ungelenkes, seiner Entwickelung harrendes Verkehrsrecht!

Als Kaufgeschäft erzeugte die Manzipation die Haftung des Manzipanten (Verkäufers) auf Gewährleistung (auctoritas). Will ein Dritter als Besserberechtigter (der Dritte behauptet, der wahre Eigentümer zu sein) dem Manzipationserwerber (Käufer) die Sache abstreiten, so mufs der Manzipant als Gewährsmann (auctor) zur Verteidigung seines Käufers in den Prozefs eintreten. Erfüllt er seine Verteidigungspflicht nicht oder nicht mit ausreichendem Erfolge, so geht gegen ihn die Klage wegen Bruches der Gewährschaft (actio auctoritatis) auf das Doppelte des in der Manzipation benannten Kaufpreises. Wegen dieser den Verkäufer bindend verpflichtenden Wirkung führt die Manzipation auch den Namen nexum. Nexum ist in der alten Rechtssprache, wie schon bemerkt wurde, das verbindende

[5] Erst nach späterem Recht konnte wenigstens das Grundstück auch in der Ferne durch mancipatio veräufsert werden. Das war dadurch ermöglicht, dafs in der mancipatio fundi der „Handgriff" von vornherein zwar (nach altem Recht) auf dem Grundstück, aber nicht an dem Grundstück selbst, sondern an einem das Grundstück verkörpernden Symbol (Scholle, Holzstück, Stein) vollzogen wurde. Dem späteren Recht genügte für die Manzipation eines Grundstücks die Gegenwart des Symbols. Gaj. I § 121.

[6] Noch im ersten Jahrhundert n. Chr. mufste, wie eine pompejanische Urkunde zeigt, bei Manzipation mehrerer Sklaven die Manzipationshandlung für jeden einzelnen Sklaven besonders vorgenommen werden, vgl. Eck in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Bd. 9, Romanist. Abt., S. 87.

Rechtsgeschäft, nämlich das Geldgeschäft (quod per aes et libram geritur)[7].

Neben der Manzipation stand das nexum im engeren Sinne (in der jüngeren Rechtssprache schlechtweg nexum genannt), das feierliche Darlehn (gleichfalls per aes et libram). Vor fünf Zeugen wägt der libripens dem Darlehensempfänger die entsprechende Menge Barrenmetall zu, die Empfänger zurückzuzahlen schuldig sein soll. Die Form, insbesondere die Zuziehung der Zeugen, macht das Darlehn zum bindenden, den Empfänger schuldrechtlich verpflichtenden Rechtsgeschäft (nexum)[8]. Die Einführung des gemünzten Geldes bewirkt auch hier, dafs nur die Form des Darlehens in dem nexum selber vollzogen wird. Das wirkliche Darlehn liegt jetzt aufserhalb des nexum. Dennoch bleibt, wie bei der mancipatio, der materielle, nur einem bestimmten Zweck dienende Charakter des Geschäfts bewahrt. Durch das Mittel des nexum kann nicht jegliche Schuld, sondern nur eine Darlehnsschuld begründet werden[9].

---

[7] Mitteis a. a. O. (Anm. 2) Mitteis: Über das nexum, in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abt. Bd. 22 (1901), S. 100 ff. Bd. 25 S. 282. 283. Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte Bd. 1 (1902) S. 5 ff.

[8] Die einst von Huschke in seiner Schrift über das nexum (1845) begründete, früher herrschende Lehre vom nexum als einem „publizistischen", mit Exekutivkraft (manus injectio) gegen den Schuldner wirkenden Rechtsgeschäft (vgl. Anm. 10) ist von Mitteis a. a. O. Bd. 22 S. 96 ff. widerlegt worden. Die Formel „damnas esto", welche möglicherweise bei Abschlufs des nexum gebraucht ward, bedeutet lediglich ein feierliches: dato. Die von der früheren Lehre angenommene Gleichsetzung des damnas mit dem judicatus, der „Damnationsschuld" mit der Iudikatsschuld ist ein Irrtum (vgl. auch Mommsen, Röm. Strafrecht S. 1018 und in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 24, S. 2 Anm. 3). Zu den Ausführungen von Mitteis haben Bekker, Lenel, Mommsen, Kübler teils zustimmend, teils kritisch Stellung genommen in derselben Zeitschr. Bd. 23, S. 11 ff., 84 ff., 348 ff., 429. Bd. 25, S. 254 ff. Schlofsmann, Altrömisches Schuldrecht, 1904; Nexum, 1904 Senn in der Nouv. revue hist. de droit français et étranger, XXIX (1905) p. 67 ff. P. Kretschmar, Die Erfüllung, 1906, S. 3.

[9] Dies folgt aus den Rechtssätzen über die nexiliberatio, unten § 89. Auch beim nexum mufs es daher, wie bei der mancipatio, ein Mittel gegeben haben, das materielle Geschäft im Ritual hervortreten zu lassen, so dafs der Schuldner nicht blofs durch die Form des nexum verpflichtet

Auch das Kontraktsrecht ist eng, arm wie das ganze Leben der alten Zeit.

Die mancipatio ist Bargeschäft. Sie verpflichtet als solche den Käufer nicht zur Preiszahlung, sondern macht nur von der Preiszahlung den Übergang des Eigentums abhängig. Das nexum ist Kreditgeschäft; seine Wirkung ist Verpflichtung des Darlehnsempfängers zur Rückzahlung. Hier folgt der Schuld die Schuldklage mit der Schuldvollstreckung.

Die Schuldvollstreckung der Klage aus dem nexum geht direkt gegen die Person des verurteilten Schuldners, mit unerbittlicher Strenge. Der Schuldner fällt in die Gewalt seines Gläubigers. Der mag ihn binden und in Ketten legen. Will niemand, trotz dreimaligen öffentlichen Aufgebots, ihn auslösen, so wird er (nach 60 Tagen) des Gläubigers Schuldknecht, auf dafs der Gläubiger ihn entweder verkaufe (und zwar trans Tiberim, ins Ausland, Etrurien) oder töte. Nehmen mehrere Gläubiger denselben Schuldner in Anspruch, so mögen sie von Rechts wegen seinen Leib teilen, und ein Versehen bei der Teilung soll ihren Rechten unschädlich sein. Dem zahlungsunfähigen Darlehnsschuldner blieb, um den vernichtenden Folgen der Darlehnsklage und ihrer Vollstreckung zu entgehen, nur das eine Auskunftsmittel, dafs er durch Selbstverpfändung (se nexum dare) dem Gläubiger als Schuldknecht sich ergab (er vermied dann die Tötung und den Verkauf ins Ausland)[10].

XII tab. III 1—4: Aeris, confessi, rebusque jure judicatis, XXX dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito. Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore,

---

wurde, gerade wie der Käufer nicht blofs durch die Form der mancipatio Eigentum erwarb.

[10] Mitteis a. a. O. S. 118 ff. F. Kleineidam, die Personalexekution der zwölf Tafeln, 1904. Lenel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 26, S. 507 ff. Die Berichte der Quellen von diesem se nexum dare des zahlungsunfähigen Darlehnsschuldners, der dadurch der Klage aus dem nexum entgehen will, bilden die Grundlage der früher herrschenden Lehre (Anm. 8), dafs mit dem nexum als solchem das Recht des Gläubigers zur Abführung des Schuldners in die Schuldknechtschaft (manus injectio ohne Erhebung der Klage) verbunden gewesen sei.

aut si volet majore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato, si volet plus dato. 6: Tertiis nundinis partis secanto. Sin plus minusve secuerint, se fraude esto.

Der Strenge des Privatrechts entspricht die Strenge der Familiengewalt. In seinem Hause ist der paterfamilias souverän. Er übt die Gewalt über Leben und Freiheit seiner Hausgenossen. Nicht das Recht, sondern nur die Sitte und die Religion setzen ihm eine äufsere Schranke.

Dennoch erscheint bereits in den zwölf Tafeln das römische Recht auf einer verhältnismäfsig hohen Stufe der Entwickelung.

Schon die Tatsache ist kennzeichnend, dafs das Stadtrecht durch die zwölf Tafeln in so umfassender Weise Gesetzesform annimmt. Die deutsche Rechtsgeschichte vollzieht sich noch fast während des ganzen Mittelalters an erster Stelle in der Form des Gewohnheitsrechts, unbewufst, naiv. Die beglaubigte römische Rechtsgeschichte beginnt dagegen sogleich mit einer umfassenden Gesetzgebung. Auf städtischem Boden drängt die Entwickelung schneller zu dem schneidigen, „schnell fertigen" Gesetz. Vor allem: auf städtischem Boden vollzieht sich zuerst das Emporkommen der Menge. Das Gewohnheitsrecht ist der Freund des Starken. Es unterliegt dem Einflufs der herrschenden Klassen. Das Gesetzesrecht ist der Hort der Schwachen: es bändigt die Macht der Herrschenden durch den geschriebenen Buchstaben. Das Aufkommen des Gesetzesrechts hängt daher ganz regelmäfsig mit dem Aufsteigen der Niederen zusammen. Es ist die der Menge zugutekommende „plebejische" Form der Rechtserzeugung. So auch in Rom. Durch den Ständekampf ist das Gesetzesrecht in den Sattel gehoben worden. Die Plebejer haben den Patriziern die Zwölftafelgesetzgebung abgetrotzt[11]. Die Aufzeichnung des Stadtrechts sollte eine

---

[11] Nach der Überlieferung (Livius III, 9 ff.) begehrten die Plebejer unter Führung des Tribunen C. Terentilius Arsa im Jahr 462 v. Chr., ut quinqueviri creentur legibus de imperio consulari scribundis. Die Meinung war, dafs die plebs ein Fünfmännerkolleg (durch ein Plebiszit) einsetzen solle, um durch Gesetze die konsularische richterliche Befehlsgewalt einzuschränken. Die Patrizier haben das Zustandekommen eines solchen Gesetzes verhindert. Sie gingen aber im Jahr 455 v. Chr. darauf ein, dafs

Schranke für die Amtsgewalt des patrizischen Magistrats sein (vgl. unten § 12). Es handelte sich nicht so sehr um Rechtsänderung als vielmehr um urkundliche Feststellung eines für beide Stände gleichen Rechts. Und schon war, wie die zwölf Tafeln zeigen, das römische Stadtrecht reif genug, in kraftvoller Darstellung seinen Inhalt auszusprechen.

Damit kommt überein, dafs im Mittelpunkt des Zwölftafelprivatrechts bereits Darlehn und Kauf erscheinen: negotia per aes et libram. Die Zeit des Tauschverkehrs ist längst vorüber. Der Kupferbarren (aes) ist zur Zeit der zwölf Tafeln schon von alters die Grofsmacht des Verkehrs: er behauptet sich, trotz der Änderung des Geldwesens, im Ritual von nexum und mancipatio, weil sein Gebrauch bereits unvordenklich ist. Gleichzeitig mit den zwölf Tafeln hält das gemünzte Geld seinen Einzug. Die städtische Wirtschaft Roms will Geldwirtschaft werden. Kaufeigen ist die rechte Form des Eigentums, und

---

communiter legumlatores, et ex plebe et ex patribus, gewählt würden (also Zehnmänner statt der Fünfmänner) qui utrisque utilia ferrent, quaeque aequandae libertatis essent. Eine Gesandtschaft ward nach Griechenland geschickt, um das griechische Recht zu studieren. Im Jahr 452 war die Gesandtschaft zurück und wurden nunmehr für das Jahr 451 decemviri legibus scribundis gewählt (allerdings lediglich aus den Patriziern) mit aufserordentlicher Amtsgewalt unter Aufserkraftsetzung der bestehenden Verfassung. Die Dezemvirn des Jahres 451 verfafsten die ersten zehn Gesetzestafeln: sie wurden von den Zenturiatkomitien angenommen. Für das Jahr 450 wurden noch einmal Dezemvirn, jetzt zum Teil aus den Plebejern, gewählt. Sie verfafsten die zwei letzten Tafeln, die im Jahr 449 nach Wiederherstellung der ordentlichen Verfassung als Gesetz angenommen wurden. Die zwölf Tafeln wurden auf dem römischen Marktplatz aufgestellt. Dort gingen sie im gallischen Brand zugrunde. Aber ihr Inhalt war bereits Gemeingut geworden. Noch zu Ciceros Jugendzeit mufsten die Knaben die zwölf Tafeln auswendig lernen. Dann ging diese Sitte unter. Die zwölf Tafeln hatten ihre Schuldigkeit getan. — Wie die ganze Erzählung des Livius von der Entstehung der zwölf Tafeln, so ist auch die Gesandtschaft nach Griechenland geschichtlich unsicher. Zweifellos aber ist, dafs bei Abfassung der zwölf Tafeln griechisches Recht (z. B. in bezug auf das Begräbniswesen, das Vereinswesen) Einflufs geübt hat. Wenn auch vielleicht nicht Altgriechenland selber, so hat doch das Griechentum Süditaliens und Siziliens wie auf das römische Kulturleben so auf das römische Rechtsleben eingewirkt. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 12 ff.

Kaufsachen (res mancipii) sind die des echten Eigentums fähigen Sachen. Auch das Grundstück ist „handgriffsfähiger“ Kaufschatz (res mancipii), in den freien Verkehr hineingeworfen. Aber die Zahl der Kaufsachen im Rechtssinn ist noch eng begrenzt. Res mancipii (mancipi) sind nur die notwendigen Zubehörungen des Bauernguts und das Bauerngut (fundus) selbst (unten § 59). Zugleich drückt die ungeheure Macht des Kapitals, die durch die Klage aus dem nexum zur Vernichtung des zahlungsunfähigen Schuldners führt, unzweideutig aus, dafs wir in einer noch kapitalarmen Zeit uns befinden.

Das Zwölftafelrecht ist bereits bürgerliches Recht, aber es ist noch das schwerfällige, strenge, steife Recht des Ackerbürgers.

§ 12.

Die interpretatio.

In den zwölf Tafeln hatte das altrömische Recht die ihm entsprechende Form der Darstellung gefunden: die Form des Volksgesetzes.

Auch in Rom war das Recht ursprünglich von gewohnheitsrechtlicher Entwickelung ausgegangen, und es gab gewohnheitsrechtliche Rechtssätze, welche, altererbt und durch das Rechtsleben klar ausgearbeitet, volle Rechtskraft als lex, ja als lex im vornehmsten Sinne des Worts, als „unverrückbares Urrecht“ der römischen Gemeinde besafsen[1]. Im allgemeinen aber hielt man dafür, dafs der rechtsprechende Magistrat an das Gewohnheitsrecht als solches (soweit es der urrechtlichen Kraft entbehrte) nicht gebunden, dafs er berechtigt sei, dem Gewohnheitsrecht gegenüber sein Ermessen walten zu lassen. Das Gewohnheitsrecht entbehrte der festen Form, die seinen rechtlichen Inhalt sicher stellte. Es erschien den Römern im wesentlichen als etwas Tatsächliches (consuetudo)[2] und deshalb der umgestaltenden

---

[1] Mommsen in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 12 S. 275 ff. Den Begriff des „Urrechts“ als eines für lex zu achtenden und daher unter dem Namen lex mitbegriffenen Gewohnheitsrechts (vgl. die legis actio unten § 48) lehnt ab Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 34 Anm. 13.

[2] Vgl. A. Pernice, Parerga X, Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 22, S. 59 ff.

Macht des Rechtslebens Unterworfenes. Anders die **lex** (publica), der Rechtssatz, welcher durch feierliche Konsenserklärung zwischen Magistrat und Bürgerschaft vereinbart war[3]. Die lex war wie für die Bürgerschaft so für den Magistrat unverbrüchliche Autorität.

Mit den zwölf Tafeln hatte das römische Recht zu einem erheblichen Teile die Form der lex angenommen[4]. Darin lag der Erfolg und das Volkstümliche der dezemviralen Gesetzgebung:

---

[3] Lex (isländ. lag, lög; fries. laga, lag, log; angelsächs. lagu, lah; sächs. lach; engl. law) ist wörtlich das „Festgelegte", die Satzung. Im römischen Sprachgebrauch ist lex die Satzung, welche von der einen Seite in Form gebracht, beantragt, von der andern Seite angenommen worden ist (z. B. die lex commissoria, unten § 72). Die lex **publica** ist die vom Magistrat beantragte, vom Volk angenommene und durch solche zweiseitige Erklärung für das Gemeinwesen bindend gewordene Satzung, vgl. **Mommsen**, Röm. Staatsrecht, Bd. 3, S. 303. 309; A. **Pernice**, Formelle Gesetze im römischen Recht (Festgabe für Gneist), 1888; **Wlassak**, Röm. Prozefsgesetze, Bd. 2, S. 94 ff.; **Mitteis**, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 149 ff.

[4] Die Nachrichten über Gesetze aus der Königszeit sind sagenhaft. Der Zwölftafelrechtssatz von dem dreimaligen Verkauf des Haussohnes (unten S. 65) wird von Dionys II, 27 auf ein Gesetz des Romulus zurückgeführt. Angebliche Gesetze des Numa sammelte der Jurist Manilius (um 150 v. Chr.) in seinen „monumenta" (O. **Hirschfeld** in den Sitzungsber. d. Berliner Akad. ph.-hist. Klasse, 1903, S. 2 ff.), nach deren Vorbild dann eine Sammlung von **leges regiae**, das sogenannte **jus Papirianum** (eine Privatarbeit vom Ende der Republik oder Anfang der Kaiserzeit), verfafst worden ist, vgl. l. 2 § 2 D. 1, 2. Diese leges regiae enthalten Bestimmungen wesentlich sakraler (religiös-sittlicher) Natur, an denen noch die ursprüngliche enge Beziehung zwischen Recht und Religion deutlich sichtbar ist. Inhaltlich mögen diese Rechtssätze meistens wirklich aus der Königszeit stammen. Ihren Namen haben sie entweder davon, dafs der König kraft seiner **priesterlichen** Stellung das fas, das von den **Göttern** gewollte Recht (oben S. 22 Anm.) wies, oder lediglich daher, dafs diese Ordnungen dem unmittelbaren Schutz der Könige unterstellt waren. Altattische Kultusordnungen führten den Namen „königliche Gesetze" nur deshalb, weil ihre Handhabung dem Archon-König oblag, vgl. R. **Schöll** in den Sitzungsber. d. Bayer. Akad. d. Wiss. 1886, S. 88. 89. — **Bruns**, Fontes, S. 1 ff.; **Mommsen**, Römisches Staatsrecht, Bd. 2 (3. Aufl.), S. 41 ff.; **Karlowa**, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1 (1885), S. 106; **Voigt**, Die leges regiae (1876); P **Krüger**, Gesch. der Quellen und Literatur des römischen Rechts (1888), S. 4—8; **Jörs**, Röm. Rechtswissenschaft (1888), S. 59 ff.; O. **Hirschfeld** a. a. O.

das Recht war, soweit es jetzt kodifiziert vorlag, der Willkür des rechtsprechenden Magistrats entrückt worden.

L. 2 § 1 D. de orig. juris (1, 2) (Pomponius): Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit omniaque manu a rege gubernabantur.

Tacitus, Annal. III 27: compositae duodecim tabulae, finis aequi juris.

Nach Vollendung der zwölf Tafeln war die Kraft der nächsten drei Jahrhunderte auf die volle Entfaltung ihres Inhalts gerichtet. Auf dem Gebiete des Privatrechts griff die Volksgesetzgebung der Republik nur ausnahmsweise ein. In der Hauptsache ward die Klarstellung und zugleich die Fortbildung des Zwölftafelrechts dem Rechtsleben selbst überlassen. Auf die Zeit der Gesetzgebung folgte die Zeit der interpretatio.

Es galt, das neue Recht, welches der Verkehr forderte, als schon in den zwölf Tafeln enthalten und durch die Gesetzeskraft derselben gedeckt darzustellen. Eine formale Beseitigung des Zwölftafelrechts (als lex) durch abweichendes Gewohnheitsrecht wäre dem Römer damals undenkbar erschienen. Bis zum Ausgang der römischen Rechtsentwickelung, bis zum Corpus juris civilis von Justinian, also ein ganzes Jahrtausend lang, als zuletzt schon längst von dem ganzen Zwölftafelrecht kein Stein mehr auf dem andern stand, galt in der Theorie noch immer die Rechtskraft der zwölf Tafeln als der Quelle des gesamten römischen Rechts. So entsprach es dem konservativen, in allen rechtlichen Dingen höchst vorsichtigen Sinne der Römer. Kein Buchstabe der zwölf Tafeln sollte geändert werden, und doch galt es, in den alten Buchstaben den neuen Geist hineinzulegen. Es handelte sich nach Vollendung der Zwölftafelgesetzgebung um eine „interpretatio", welche das Recht fortentwickelte, ja änderte, indem sie den Buchstaben des Gesetzes unberührt liefs.

Die Träger dieser interpretatio, welche die letzten Jahrhunderte der Republik ausfüllte, zugleich damit die Träger dieser ersten Entfaltung des jus civile[5], waren anfänglich die

[5] Das auf der interpretatio der Juristen ruhende Recht ward im engeren Sinne jus civile genannt und von dem jus legitimum (dem unmittelbar im Gesetz enthaltenen Recht) unterschieden; Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen (1902), S. 1 ff.

pontifices. Mit ihren sonstigen wissenschaftlichen Kenntnissen, insbesondere mit ihrer Kenntnis der Königssatzungen, deren Kunde zu bewahren für ihre besondere Berufspflicht galt, hing ihr Amt zusammen, dem richtenden Magistrat bei seiner Rechtsprechung, der vertragschliefsenden oder prozefsführenden Partei bei ihren Handlungen mit juristischem Beirat zur Seite zu stehen (vgl. unten § 18). So gelangten sie in die Herrschaft über die „Auslegung" des geltenden Rechts, zugleich über die Fortbildung des Zivilrechts.

Auf dem Wege solcher interpretatio entfaltete sich jetzt die in jure cessio: d. h. eine neue Form der Rechtszuwendung durch Scheinprozefs vor dem Magistrat, deren Anfänge wahrscheinlich in die Zeit vor den zwölf Tafeln zurückreichen, deren volle Entwickelung aber erst der Zeit nach den zwölf Tafeln angehört. Nach Zwölftafelrecht bedurfte es über den, welcher auf Klage des andern sofort vor dem Magistrat, „in jure", ein Bekenntnis des gegnerischen Rechts ablegte, keines Urteils mehr: er war bereits verurteilt (confessus pro judicato est)[6]. Das Ge-

---

[6] Dafs der Satz: confessus pro judicato est (l. 1 D. 42, 2) in irgend welcher Form (mittelbar oder unmittelbar) in den zwölf Tafeln vorkam, wird durch die Äufserung des Juristen Paulus (Vat. fr. 50) wahrscheinlich: et mancipationem et in iure cessionem lex XII tab. confirmat. — Den Ausgangspunkt bildete höchstwahrscheinlich nicht der Schein-Eigentumsprozefs, sondern der Schein-Statusprozefs (zum Zwecke der Freilassung), welcher nach Livius II 6 im Beginn der Republik, also nicht lange vor den zwölf Tafeln, aufgekommen wäre (die in jure cessio sei erfunden, um die Freilassung des Sklaven zu ermöglichen, welcher die Verschwörung der Söhne des Brutus entdeckte). Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 130. — In der in jure cessio spricht der Scheinbeklagte sich selber das Recht ab. Er verzichtet damit auf sein Recht, falls er es haben sollte. Während das Urteil des judex nur das bereits vorhandene Rechtsverhältnis klarstellt, hat die Selbstverurteilung rechtsbegründende Wirkung. Sie hat den Wert einer Verfügung (cessio). Sie erzeugt ein neues Rechtsverhältnis. Der confessus in jure verliert sein Recht, auch wenn es ihm nicht gelingt, sein Recht auf den andern zu übertragen, vgl. z. B. § 109 Anm. 3 a. E. Darauf beruht die Rechtskraft der in jure cessio auch gegen Dritte (während das Urteil des judex nur unter diesen Parteien, inter partes, wirkt): die Verfügung, welche in der confessio in jure (in der cessio) liegt, macht den andern zum Berechtigten gegenüber jedermann, falls nur der Verfügende wirklich Eigentümer war. Die Handlung des Magistrats, die addictio, bedeutet nur Beispruch (ad-dico), nicht (wie herkömmlich

ständnis vor dem Magistrat hatte die Kraft der Selbstverurteilung und damit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung, so dafs daher im Fall einer Eigentumsklage der geständige Beklagte selber dem Kläger das Eigentum zusprach (cessio) und der Magistrat sofort zur addictio, d. h. zur Bestätigung des klägerischen Eigentums schreiten konnte. Hatte jemand also vor dem Magistrat zugestanden, dafs sein Prozefsgegner Eigentümer sei, so ging er seines Eigentums, falls er es bis dahin hatte, verlustig. Was folgte daraus? Sollte das Eigentum an einer Sache aus irgendeinem Rechtsgrunde veräufsert werden, so war das Mittel gegeben, dafs beide Teile vor den Magistrat gingen: der Erwerber behauptete (als Scheinkläger) Eigentum, der Veräufserer (als Scheinbeklagter) gestand es ihm zu, worauf dann der „Beispruch" des Magistrats (addictio) zugunsten des Erwerbers erfolgte. Damit hatte der Veräufserer sein Eigentum verloren, der Erwerber es erworben. Aus einem prozessualischen Rechtssatz (confessus pro judicato est) war ein neues Privatrechtsgeschäft entwickelt worden, dessen Geltung auf die zwölf Tafeln gestützt werden konnte: das Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung durch Scheinvindikation (in jure cessio). Mit demselben Mittel konnte auch z. B. die Begründung der väterlichen Gewalt (durch Scheinvindikation in patriam potestatem), die Freilassung eines Sklaven (durch Scheinvindikation in libertatem) bewirkt werden. Eine ganze Menge von neuen Rechtsgeschäften trat durch das Mittel der in jure cessio in das römische Rechtsleben ein[7].

übersetzt wird) „Zuspruch", d. h. sie bedeutet nicht magistratische Rechtsübertragung, sondern nur magistratische Bestätigung der vom Beklagten vollzogenen Rechtsübertragungshandlung, der cessio: Wlassak in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung Bd. 25, S. 90 ff., 104 ff.; Rabel ebendas. Bd. 27, S. 309 ff.; Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 76 Anm. 9 und § 15.

[7] Die in jure cessio ward angewandt: 1. zum Zweck der Freilassung (manumissio vindicta, unten § 32); 2. zum Zweck der Emanzipation (§ 102); 3. zum Zweck der Adoption (§ 100); 4. zum Zweck der Übertragung der tutela legitima mulierum (§ 103 Anm. 2); 5. zum Zweck der Übertragung des Erbrechts (aber nur der hereditas legitima, § 109 Anm. 3); 6. zum Zweck der Eigentumsübertragung, und zwar sowohl an res nec mancipi wie an res mancipi (§ 62); 7. zum Zweck der Servitutenbestellung, und zwar für alle

In ähnlicher Weise ward mit Hilfe eines Strafrechtssatzes der zwölf Tafeln ein anderes Rechtsgeschäft ausgebildet, die Emanzipation des Haussohnes. Es hiefs in den zwölf Tafeln, dafs der Vater, welcher seinen Sohn dreimal in die Knechtschaft verkauft habe, zur Strafe seine väterliche Gewalt verlieren sollte.

XII tab. IV 2: Si pater filium ter venumduuit, filius a patre liber esto.

Diesen Rechtssatz machte man sich zunutze. Scheines halber verkaufte der Vater dreimal seinen Sohn einem andern in die Knechtschaft, der ihn dann jedesmal wieder freiliefs (durch das Mittel der in jure cessio). Damit hatte man die Emanzipation, die Entlassung des Haussohnes aus der väterlichen Gewalt, erreicht, denn die Voraussetzung des Zwölftafelgesetzes war erfüllt: der Sohn war vom Vater dreimal in die Knechtschaft verkauft worden; so war der Sohn jetzt frei von der väterlichen

---

Servituten, während durch mancipatio nur Rustikalservituten bestellt werden konnten (§ 69 IV). Die Vindikation ist die Klage aus allen Gewaltrechten des römischen Hausherrn (personenrechtlichen und sachenrechtlichen, vgl. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1. S. 78), und bestand daher in allen genannten Fällen die Möglichkeit der Übertragung durch das Mittel der Scheinvindikation (der Freiheit, der väterlichen Gewalt, der Tutel, des Erbrechts, des Sacheigentums, der Servitut) zu gunsten des Erwerbers, mit nachfolgender confessio in jure seitens des Veräufserers und demgemäfsem Beispruch (dictio, addictio) seitens des Magistrats. Die Fälle 2. 3. 7 können mit Sicherheit der Zeit nach den zwölf Tafeln zugewiesen werden, ebenso die Fälle 4. 5., da ihr Anwendungsgebiet (nur die tutela legitima mulierum, nur die hereditas legitima kann durch in jure cessio übertragen werden) nach Mafsgabe der zwölf Tafeln bestimmt ist. Nur der Fall Nr. 1 gehört wahrscheinlich schon der Zeit vor den zwölf Tafeln an (oben Anm. 6), dürfte aber gleichfalls zweifellose Gemeingültigkeit erst durch die auf die zwölf Tafeln gestützte interpretatio gewonnen haben. Auch ist zu beachten, dafs nur die tutela legitima mulierum durch in jure cessio übertragbar ist, dafs also zurzeit des Aufkommens der in jure cessio die tutela impuberum bereits als officium und deshalb als unübertragbar galt, während die tutela mulierum ihren Charakter als Gewalt im Interesse des (agnatischen) Vormundes bewahrte und daher als übertragbar erscheinen konnte. Sowohl die Anwendungsfälle wie die Beschränkungen der in jure cessio deuten auf ihre nicht allzu frühe Ausbildung. Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2. S. 383. 384. Mitteis a. a. O. S. 257. 258.

Gewalt. Mit Hilfe des gleichen Rechtssatzes ist die datio in adoptionem ausgebildet worden (vgl. § 100. 102).

Am wichtigsten aber war die Umgestaltung, welche die mancipatio durch die jetzt beginnende Entwickelung erfuhr.

Es hiefs in den zwölf Tafeln:

XII tab. VI, 1: Cum nexum faciet mancipiumque[8], uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

Das gesprochene feierliche Wort (die nuncupatio) bestimmte die Wirkung des förmlichen Rechtsgeschäfts. Mit Hilfe dieses Rechtssatzes ward die Natur der mancipatio verändert. Nach den zwölf Tafeln sollte die mancipatio ein wirkliches Kaufgeschäft sein. Der in der Manzipation benannte Kaufpreis mufste tatsächlich ausgezahlt werden, wenn die Manzipation gültig sein sollte. Es stand aber bei den Parteien, in der Manzipationshandlung nicht den wirklichen Kaufpreis, sondern einen blofsen Scheinpreis zu benennen, dessen Zahlung dann genügte, um die Veräufserungswirkung der Manzipation herbeizuführen und so den Rechtssatz von der Notwendigkeit der Preiszahlung zu umgehen. Das ist späterhin geschehen. Es ging daraus die mancipatio sestertio nummo uno hervor. In der Manzipation ward erklärt, dafs die Sache für „einen Sesterz" verkauft werde[9]. War der Sesterz gezahlt, so ging laut den zwölf Tafeln das Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Als mancipatio sestertio nummo uno war die Manzipation zu einem Scheinkauf (imaginaria venditio) geworden[10].

---

[8] Mancipium heifst hier die Manzipation.

[9] Ursprünglich ward ein ungeprägtes Stück Erz (aes, rauduscnlum) als Scheinpreis gegeben (Gaj. I § 119: aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco). An die Stelle des aes trat das geprägte Kupferas (Gaj. III § 174: asse percutit libram), dann der Sesterz der Silbermünzung. Rabel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 27 S. 302.

[10] Das geschah z. B., um durch Manzipation zu schenken oder zu verpfänden usw. (vgl. S. 67). Aber auch im Fall des Ernstkaufes konnte die mancipatio nummo uno gebraucht werden. Das hatte zwei Vorteile. Einmal zu gunsten des Käufers: um den Eigentumsübergang zu bewirken, genügte es, dafs der eine Sesterz gezahlt war; der Rechtssatz der zwölf Tafeln, dafs der Kaufpreis gezahlt sein müsse, war umgangen. Zum andern zu gunsten des Verkäufers: bei Bruch der Gewährschaft (die manzipierte

Die Manzipation ward damit das Mittel für die Eigentumsübertragung als solche, gleichgut, aus welchem Rechtsgrunde sie erfolgte. Jetzt konnte durch mancipatio auch geschenkt werden. Jetzt ward, was noch wichtiger war, die mancipatio fiduciae causa möglich, die sogenannte fiducia, d. h. die Manzipation mit Vorbehalt (und demgemäfs mit Verpflichtungswirkung für den Empfänger), welche den verschiedensten wirtschaftlichen Zwecken zu dienen imstande war. An Stelle der engherzigen, gebundenen war eine innerlich befreite, in ihren Zwecken ungebundene Manzipation getreten.

Fiducia ist der Treuhänder-Vorbehalt, durch welchen der Manzipationserwerber zum Wiederaufgeben des empfangenen Eigentums, insbesondere unter gewissen Umständen zur Rückmanzipation der Sache sich verpflichtet.

Es sollte also z. B. dem Gläubiger ein Pfand gegeben werden. Ein Verpfändungsgeschäft (Hypothek) in unserem Sinne kannte das altrömische Zivilrecht nicht. Aber die Manzipation neueren Stils konnte zu diesem Zwecke gebraucht werden. Der Schuldner manzipierte dem Gläubiger eine Sache „um einen Sesterz", übertrug sie ihm also zu Eigentum durch blofsen Scheinkauf, aber nur „zu treuen Handen" (fidei, fiduciae causa); es ward nämlich ausgemacht, dafs nach geschehener Bezahlung der Schuld die Sache vom Gläubiger zurückgegeben (zurückzumanzipieren) sei. Dann hatte der Gläubiger seine Sicherheit; er hatte inzwischen das Eigentum an der Pfandsache. Der Schuldner aber hatte, sobald die Schuld von ihm getilgt war, sein Rückforderungsrecht (aus dem Vorbehalt, fiducia). Auf dieselbe Weise konnten noch andere Verträge abgeschlossen werden: wie die eben geschilderte Verpfändung (fiducia cum

Sache ward dem Erwerber von einem besser berechtigten Dritten abgestritten) hatte der Manzipationserwerber nach Zwölftafelrecht gegen den Manzipanten die Gewährschaftsklage (actio auctoritatis) auf das Doppelte des in der mancipatio feierlich genannten („nunkupierten") Kaufpreises (oben S. 55), bei der mancipatio nummo uno also nur auf zwei Sesterzen, d. h. auf nichts. Die mancipatio nummo uno war also auch das Mittel, um trotz des Zwölftafelsatzes die actio auctoritatis dennoch auszuschliefsen. — Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2, S. 371 ff. 377 ff.

creditore contracta) gerade so konnte z. B. ein Depositum (Hingabe zur Aufbewahrung) oder ein Mandat (der Auftrag z. B., dafs die Sache verkauft oder einem Dritten gegeben oder dafs der Sklave freigelassen werde) durch das Mittel der fiducia (sogenannte fiducia cum amico contracta) in zivilrechtlicher Form zustande gebracht werden, indem also der Deponent den Depositar (der Mandant den Mandatar) formell zum Eigentümer machte, aber nur fiduciae causa, nur als Treuhänder, d. h. nur formell, mit Gebundenheit an die der mancipatio zugrunde liegende Abrede.

Es stand nichts im Wege, den Vorbehalt, dafs lediglich Treuhänder-Eigentum übertragen werde, in der Manzipationsformel (nuncupatio) auszudrücken[11]. Dann war das Dasein einer Treuverpflichtung durch die feierliche Handlung selber klargestellt. Aber es war unmöglich, die ganze Abrede der Nunkupationsformel einzuverleiben. Über den Inhalt der Treuverpflichtung gab die Manzipation also keine Auskunft, sondern lediglich das nebenher geschlossene formlose pactum conventum. Aus einem formlosen pactum ist aber nach altrömischem Recht keine Klage möglich. Kann nun aus dem pactum fiduciae geklagt werden oder nicht? Die Antwort, welche die alte Jurisprudenz hier gegeben hat, war diese: Das pactum conventum ist als solches nicht klagbar, darum kann auf das im pactum Versprochene als solches nicht geklagt werden. Aber — die Verbindlichkeit, in „guten Treuen“ mit der Sache

---

[11] Dafs dies geschah, zeigt die Inschrift Corp. inscr. lat. Bd. 2, Nr. 5402: D. . . fundum B. . . nummo I fidi fiduciae causa mancipio accepit. Vgl. dazu Degenkolb in der Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 9, S. 172. 174; Voigt, Die zwölf Tafeln (1883), Bd. 2, S. 166 ff. Die Klausel fidi fiduciae causa bildete einen Bestandteil des Manzipationsaktes. Das Abkommen aber, welches die Treuverpflichtung präzisierte, folgt in der Inschrift als selbständiges „pactum conventum“ der Manzipationsbekundung nach, stand also aufserhalb der Manzipation. Eine andere, pompejanische Fiducia-Urkunde ist nur lückenhaft erhalten, und kann daher nicht gesagt werden, ob die Fiducia-Klausel der Manzipation eingefügt war; das pactum aber, welches von der Stellung des Fiducia-Empfängers handelt, folgt auch hier der Manzipationsbekundung selbständig nach; vgl. Eck in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Bd. 9, S. 89. 96. 97. Oertmann, Die fiducia (1890) S. 111 ff. Manigk bei Pauly-Wissowa Realenzyklopädie v. fiducia.

zu verfahren, ist klagbar, steht sie doch, als durch die feierliche Manzipation verlautbart, unter dem Schutz des Zwölftafelsatzes: uti lingua nuncupassit, ita jus esto. Es ward eine actio fiduciae gegeben, aber nicht genau auf das, was im pactum zugesagt worden war (denn dies pactum war nicht „nunkupiert“ worden), wohl aber auf das, was nach Maſsgabe der vorliegenden Umstände (zu denen aber natürlich auch, und zwar an erster Stelle, das pactum conventum gehörte) von dem Manzipationserwerber als einem getreuen und anständigen Manne gefordert werden konnte. Der Richter hatte zu untersuchen, nicht, ob der Verklagte genau das getan habe, was das pactum bestimmt hatte (denn das pactum war und blieb, weil formlos, seinem Wortlaut nach unverbindlich), wohl aber, ob der Verklagte sich so verhalten habe, „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione“ [12]. Weil das pactum conventum auſserhalb der feierlichen mancipatio stand, ging aus der fiducia [13] keine actio stricti juris (mit genau begrenztem Inhalt), sondern eine sogenannte actio bonae fidei hervor, d. h. eine Klage, bei welcher über den Inhalt der Verbindlichkeit in ziemlich weiten Grenzen freies richterliches Ermessen zu entscheiden hatte [14]. In der fiducia

[12] Sprach der Richter den Verklagten schuldig, so war erkannt nicht so sehr, daſs Verklagter eine Schuldverbindlichkeit nicht erfüllt, als vielmehr, daſs er nicht wie ein Ehrenmann gehandelt habe. Die Verurteilung aus der fiducia machte daher infam (vgl. § 36). Vgl. dazu v. Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867), S. 29 ff., und unten Anm. 14.

[13] Im Gegensatz zu anderen Nebenberedungen der Manzipation, welche durch die nuncupatio gedeckt waren, wie z. B. die dem familiae emtor gemachten Auflagen beim Manzipationstestament, unten § 112.

[14] Die actio fiduciae war vermutlich eine actio in factum concepta, vgl. Lenel in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Bd. 3, Roman. Abt., S. 112. Daſs daraus jedoch nichts in bezug auf späteren Ursprung der Klage folgt, hat Lenel (Das Edictum perpetuum, 1883, S. 234) bereits selbst bemerkt. Vielmehr deutet der hervorgehobene Umstand darauf, daſs die Klage in alter Zeit im Wege der legis actio per judicis postulationem (unten § 48 II) verhandelt wurde, vgl. Voigt a. a. O. S. 475 ff. — Auch andere actiones bonae fidei scheinen (später) zuerst als actiones in factum conceptae aufgekommen zu sein. So die actio commodati und die actio depositi (vgl. Gaj. IV, § 47). Weil das (unfeierliche) Versprechen ursprünglich nur moralische Wirkung hatte, ward nicht aus einem Forderungsrecht, welches nicht erfüllt worden wäre, sondern aus einem Tatbestand, welcher das

ward zum erstenmal ein Vertrag anerkannt, welcher nicht gleich den überlieferten alten Rechtsgeschäften buchstäblich, streng und wörtlich, sondern nach Mafsgabe der Umstände und nach Mafsgabe des Ermessens eines bonus vir verpflichtete, ein Vertrag, welcher das Dasein einer Verbindlichkeit aufser Frage stellte, aber nicht bestimmt noch fähig war, den Inhalt derselben in die Fesseln des Worts zu schlagen.

Aus der Manzipation, dem alten, feierlichen, strengen Kaufgeschäft (Bargeschäft), war mit Hilfe der Interpretation des Zwölftafelrechts ein Doppeltes hervorgegangen:

1. ein solennes Mittel der Eigentumsübertragung zu irgend welchem Zweck, d. h. ein „abstraktes“, farbloses, den Zweck nicht ausdrückendes und deshalb für jeden Zweck verwertbares Eigentumsübertragungsgeschäft;

2. eine ganze Reihe von Kreditgeschäften, nämlich von bonae fidei negotia (die Fälle der fiducia), welche re, d. h. durch Leistung, nämlich durch Manzipation (sestertio nummo uno), abgeschlossen wurden[15].

Verhalten des Beklagten als unrechtmäfsig erscheinen liefs, geklagt. Daher die Verwandtschaft der actio bonae fidei in ihrer ältesten Form mit der Deliktsklage, vgl. oben Anm. 12 und die daselbst angezogene Ausführung von Jhering. — A. M. Pernice, Labeo, Bd. 3, Abt. I S. 124, Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 561 ff., Oertmann, Fiducia S. 217 ff. Manigk a. a. O. welche die actio fiduciae für eine actio in jus concepta erklären.

[15] Nach Vorbild der mancipatio fiduciae causa ist dann auch eine in jure cessio und coëmtio (§ 92) fiduciae causa aufgekommen. Wie bei der mancipatio (Anm. 11) erklärte auch bei der in jure cessio der Scheinvindikant, dafs er nur fiduciae causa Eigentümer sei (die Vindikation ward also, wie in anderen Fällen, adjecta causa angestellt), vgl. Voigt a. a. O. S. 172. Immer ward feierlich festgestellt, dafs nur formell Eigentum oder (bei der coëmtio) die eheherrliche Gewalt übergehe. Der extraneus, mit welchem eine Frau nur fiduciae causa (um z. B. von ihrem Vormund sich zu befreien, § 103, Anm. 2) die coëmtio, also formell die Ehe geschlossen hatte, war und hiefs nicht ihr maritus, sondern ihr „coëmtionator“, noch hatte er Gewalt oder Rechte eines Ehemanns (Gajus I § 115). Der fiduziarische Vorbehalt hatte nicht blofs verpflichtende, sondern dingliche Wirkung. Es war ein anderes, in sich beschränktes Eigentum, das Treuhänder-Eigentum, als das normale Eigentum. Daher die Möglichkeit der usureceptio ex fiducia, d. h. der Rückgewinnung des Eigentums seitens des Veräufserers durch Ersitzung ohne bona fides (Gajus II § 59. 60), und ebendaher die Möglichkeit, den Anspruch des Erwerbers bei mancipatio

Mit dem nexum hat eine ähnliche Fortentwickelung nicht stattgefunden. Es ist ein Darlehnsgeschäft geblieben und machte in dieser Eigenschaft später dem formlosen Darlehn, dem mutuum, Platz (vgl. § 13), welches nur noch durch seine Eigenschaft als stricti juris negotium (unten § 76. 79) an die einstige strenge Natur des solennen Darlehnsgeschäfts erinnerte.

Die Rolle, ein streng einseitiges Schuldverhältnis aus irgend welchem Rechtsgrunde durch formales Versprechen des Schuldners zu begründen, fiel der stipulatio (unten § 70) zu, welche wahrscheinlich früh aus den uralten Prozefskautionen, aus der Bestellung von praedes (oder vades) für Pflichterfüllung im Prozefs, z. B. für das Erscheinen im Gericht (vadimonium) hervorgegangen ist. Das blofse Versprechen begründet in der Urzeit keine Haftung; mit dem Versprechen mufs ein Haftungsvertrag (Pfandvertrag, wadia, Wette, vadimonium) sich verbinden, der die Haftung zugleich hervorbringt und begrenzt. Der praes (vas) ist nach altem Recht eine Geisel: er wird als Pfand gegeben und haftet mit seinem Leibe für die Pflichterfüllung seitens des Hauptverpflichteten. Der Hauptverpflichtete selber haftet nicht. Aber er kann als praes eintreten, d. h. sich selbst als Pfand setzen (Selbstverpfändung, Selbstbürgschaft). Die Vergeiselung des praes erfolgte durch Frage (bist du praes?) und Antwort. Im römischen Bürgerprozefs setzte sich als Form des vadimonium die sponsio durch (spondesne? spondeo). Der sponsor haftete als Geisel. Trat der Hauptverpflichtete selber als sponsor auf, so war er selbst das Pfand. Die Pfandhaftung des sponsor (mit dem Leibe) ist sodann verschwunden, nur eine Schuldhaftung (mit dem Vermögen) blieb: das erfragte Versprechen, sei es des Bürgen, sei es des Hauptverpflichteten selber (die römische stipulatio), erzeugte nunmehr eine Schuldverbindlichkeit im späteren Sinne[16].

und in jure cessio auf blofs fiduziarisches Eigentum zu stellen. — Durch formlose traditio konnte dagegen keine fiducia geschlossen werden, vgl. Bechmann, Kauf, Bd. 1, S. 292 ff. Lenel in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Bd. 3, S. 114. 115; Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 192 Anm. 88, und unten § 69 die Anmerkung 3 über deductio servitutis. A. M. Oertmann, Fiducia, S. 77 ff.

[16] Der Text gibt die geistvollen Kombinationen wieder, die Mitteis, Über die Herkunft der Stipulation (in der Festschrift für E. J. Bekker 1907), S. 111 ff. und Röm. Privatr. Bd. 1 S. 266 ff. vorgetragen hat. Das

Wie mit der mancipatio fiduciae causa die Grundlage für die späteren bonae fidei negotia so war mit dem nexum und sodann der sponsio (stipulatio) Grundlage und Vorbild für die stricti juris negotia (die streng einseitig obligierenden, das Ermessen des Richters ausschliefsenden Rechtsgeschäfte) gegeben.

§ 13.
Die Anfänge des jus gentium.

Selbstverständlich gab es in Rom von jeher neben den feierlichen, mit der Rechtskraft des jus civile ausgestatteten Rechtsgeschäften auch zahllose Verkehrsgeschäfte, welche ohne jegliche Form abgewickelt wurden. Es verstand sich von selbst, dafs unzählige Käufe einfach durch Hin- und Hergabe von Ware und Preis, auch gewifs häufig Darlehen durch einfache Hingabe der Geldsumme geschlossen wurden usw. Es gab einen formlosen Kauf, eine formlose Tradition (Übergabe der Ware zum Zweck des Eigentumsübergangs), ein formloses Darlehn und dergleichen mehr. Aber alle diese formlosen Vorgänge entbehrten nach altrömischem Recht der Rechtskraft. Es war ein Ge-

---

ganze bleibt Hypothese. Sicher aber ist folgendes: 1. Der sponsor hat ursprünglich die gleiche Stellung wie der praes (vas), insofern auch der sponsor nicht neben dem Hauptverpflichteten, sondern anstatt desselben sich verpflichtet. Eine sponsio des Hauptverpflichteten bedeutet, dafs er selbst als Bürge (Geisel) für seine Verpflichtung haften will. Aus Bürgschaft ist die sponsio, d. h. die stipulatio (deren älteste Form die sponsio darstellt) hervorgegangen. 2. Die sponsio mufs im Prozefs, und zwar im Bürgerprozefs aufgekommen sein. Nur so ist erklärlich, dafs die stipulatio in der Form der sponsio (d. h. mit Gebrauch der Worte spondesne? spondeo) noch nach klassischem Recht nur dem römischen Bürger zugänglich ist. Die sponsio des Peregrinen (auch des Latinen) ist nichtig. Aber auch der Peregrine mufste im Peregrinenprozefs die Prozefskaution stellen können. Darum ward die stipulatio (etwa in der Form der fidepromissio: fidepromittis? fidepromitto) bald juris gentium, d. h. auch dem Peregrinen zugänglich. All das macht in hohem Grade wahrscheinlich, dafs die sponsio (stipulatio) aus dem vadimonium des Prozefsrechts sich entwickelt hat. — Auch der deutsche Wettvertrag ist aus Pfandsetzung (obligatio), sei es der eigenen Persönlichkeit, sei es nur von Vermögensstücken, hervorgegangen, vgl. z. B. J. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Bd. 1 (1883), S. 52 ff.; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 1 (1885), S. 104; Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis (1896), S. 406 ff.

schäft, aber kein Rechtsgeschäft, welches durch formlosen Kauf zustande kam. Hatte der Verkäufer eine fremde Sache verkauft und tradiert, welche dem Käufer dann von ihrem wahren Eigentümer abgenommen wurde, so stand dem Käufer keine Klage gegen seinen Verkäufer zu. Das ganze Verhältnis war rein tatsächlicher Natur, etwa wie noch heute der Handelsverkehr mit wilden Völkern: da wird getauscht und verkauft, aber Rechtsverhältnisse, klagbare Befugnisse kommen nicht zustande. Die bona fides, Treu und Glauben im Verkehr war das natürliche Grundgesetz all dieser formlosen Geschäfte[1], aber die bona fides war noch nicht zu einer Quelle des römischen Rechts geworden.

Es lag jedoch ein Umstand vor, welcher den formlosen Geschäften zu rechtlicher Gültigkeit verhelfen mufste. Dieser Umstand war der Verkehr der Ausländer, sofern er sich in Rom bewegte. Das römische Recht war jus civile, bürgerliches Recht im alten Sinne des Worts: es galt nur für den römischen Bürger (Prinzip der Persönlichkeit des Rechts, vgl. unten § 33) Der Fremde, der Nichtbürger, war als solcher von der Teilnahme am römischen „Bürgerrecht", dem jus civile und deshalb von der Vornahme der solennen Rechtsgeschäfte des römischen Zivilrechts geradezu ausgeschlossen. Grundsätzlich galt im alten Recht die Rechtlosigkeit des Fremden. Die mancipatio und ebenso das nexum waren ungültig, wenn einer der Beteiligten, sei es auch nur einer der Zeugen, des römischen Bürgerrechts entbehrte. Hätte der fremde (nicht durch Erteilung römischer Bürgerrechte bevorzugte) Kaufmann also auch in Rom die Formen der mancipatio beobachten wollen, es hätte ihm nichts genützt, denn die mancipatio wäre trotzdem nichtig gewesen. Der Verkehr der Fremden in Rom, also auch der Verkehr der Fremden mit römischen Bürgern, war zu allen Zeiten auf jene formlosen Geschäfte angewiesen. Es gab keine anderen Geschäfte für sie. Und wäre es möglich gewesen, diesen Geschäften der fremden Handelsleute auf die Dauer die Rechtsgültigkeit zu versagen? Es war nötig, nicht blofs dafs diese formlosen Geschäfte gültig waren, wenn Fremde unter-

[1] Das Darlehn ausgenommen, vgl. oben S. 71.

einander abgeschlossen hatten, sondern dafs sie auch gültig waren, wenn der Fremde mit einem römischen Bürger ein solches Geschäft einging. Ja, da auch unter den römischen Bürgern selbst tagtäglich Geschäfte dieser Art ohne Form eingegangen wurden, so ergab sich von selbst, dafs die Entwickelung zur rechtlichen Anerkennung derselben sowohl für Bürger wie für Nichtbürger drängte.

Dem Vorgang, welcher uns hier beschäftigt, ward sein voller Nachdruck durch die spätere Gestaltung des Fremdenrechts in Rom gegeben. In den ersten Jahrhunderten der Stadt (bis etwa 250 v. Chr.) hat noch die römische Gemeinde nicht selten mit anderen Staaten, deren Angehörige als Handeltreibende auf dem Markt zu Rom zugelassen waren, Staats- und Handelsverträge abgeschlossen, (z. B. mit Karthago), kraft welcher gegenseitig Rechtsschutz (in Rom durch Rekuperatorengerichte) und Rechtsfähigkeit zugesagt wurde. So hatte nach dem zweiten Handelsvertrag mit Karthago der Römer in Karthago die privatrechtliche Verkehrsfähigkeit eines karthagischen Bürgers, der Karthager in Rom die privatrechtliche Verkehrsfähigkeit eines römischen Bürgers (commercium). Damit war den so durch internationalen Freundschaftsvertrag privilegierten Nichtbürgern (Peregrinen) ein Teil des römischen Bürgerrechts (das jus commercii) verliehen und dadurch der Zugang zu den Rechtsgeschäften des jus civile erschlossen. Auch in diesen ersten Jahrhunderten gab es in Rom unprivilegierte Fremde, deren Verkehr auf jene formlosen, lediglich tatsächlich wirkenden Geschäfte beschränkt war. Aber in all den Fällen, in denen ein privilegierter Nichtbürger das Geschäft mit dem Römer abschlofs, konnte der Fremdenverkehr jene feierlichen Geschäfte des römischen Stadtrechts in die Hand nehmen: die Pforten des jus civile hatten sich dem vertragsmäfsig befreundeten Fremdling aufgetan. Das ist seit etwa dem 3. Jahrhundert v. Chr. anders geworden. Rom wird die Grofsmacht, welche nur noch ausnahmsweise mit anderen Mächten durch Freundschaftsvertrag auf gleichem Fufs verhandelt. Zahlreiche Gemeinwesen werden vom römischen Staat vernichtet, ihre Angehörigen ohne Vertrag, ohne Gleichstellung mit den römischen Bürgern dem römischen Gemeinwesen einverleibt (dediticii). Das römische Bürgerrecht

wird kostbar. Auch das blofse jus commercii wird an Nichtbürger nur noch ausnahmsweise gewährt. Das jus civile schliefst sich nach aufsen ab. Die Masse der Peregrinen, welche jetzt handeltreibend die römische Stadt aufsuchen, ist des jus civile unfähig. Jetzt erst hat sich vollends jene tatsächliche Lage entwickelt, welche den Peregrinenverkehr in Rom, als vom jus civile ausgeschlossen, zum Range einer selbständigen Macht erhebt, die in Rom selber mit eigenen Rechtsgebräuchen, mit eigenen (formlosen) Rechtsgeschäften dem jus civile gegenübertritt. Es wird nunmehr unmöglich, den Grundsatz der rechtlichen Unverbindlichkeit für diese Geschäfte der nicht privilegierten Peregrinen aufrecht zu erhalten. Sie verlangten nach einem Recht, welches auch diesen Geschäften die Richtschnur und die Bekräftigung gewähre. Und es lag in der Hand des römischen Magistrats, ein solches Recht in Wirklichkeit zu setzen. Denn dem Fremden gegenüber war der römische Stadtrichter (Prätor) an kein jus civile, auch an kein Volksgesetz gebunden. In Fremdensachen waltete das freie imperium des Magistrats. So konnte durch die Fremdenrechtsprechung des römischen Prätors ein Recht des formlosen Fremdenverkehrs (ein Recht der „Gäste“), welches die Schranken der bürgerrechtlichen Geschäfte nicht kannte, zur Gestalt und praktischen Durchsetzung gebracht werden. In Rom ward um 242 v. Chr. ein eigener praetor peregrinus (Fremdenrichter, Gastrichter) eingesetzt. In dem Edikt des Fremdenprätors (vgl. § 15) verkörperte sich seitdem gewissermafsen das auch den Fremden (Gästen) zugängliche römische Recht. Es gab nunmehr in Rom auch ein Recht für den Peregrinen (das jus gentium). Seine Quelle war die Amtsgewalt des römischen Magistrats (des Prätors) und das Herkommen. Die römische lex (das Volksgesetz) galt nur für den populus Romanus, d. h. für die römische Bürgerschaft; aber das Amtsrecht (das magistratische jus honorarium) und das Gewohnheitsrecht vermochte jus gentium hervorzubringen, ein Recht ohne nationale Schranken, für Fremde gerade so gültig wie für die Bürgerschaft[3]. Auf den Inhalt dieses internationalen

---

[3] Wlassak, Römische Prozefsgesetze, Bd. 2, S. 93 ff. 188 ff. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 68.

Rechtes hat vielleicht das Vorbild anderer Fremdenrechte, wie sie in sonstigen Mittelpunkten des damaligen Welthandels sich ausgebildet hatten, mit eingewirkt. Sicher ist, dafs das römische jus civile selber das wichtigste Vorbild für das Fremdenrecht des Fremdenprätors war. Das beweist der enge Zusammenhang der Rechtsprechung im Fremdengericht mit der Rechtsprechung im Bürgergericht (vgl. Anm. 3). Das jus civile mufste, um zu Fremdenrecht (jus gentium) sich umzubilden, seiner Förmlichkeiten entkleidet werden, aber nur, um dadurch die sachlichen Rechtsgedanken des Bürgerrechts im Recht der Gäste zu um so vollkommenerem, dem Gerechtigkeitsgefühl einer neuen Zeit entsprechenderem Ausdruck zu bringen. Das jus gentium war verjüngtes jus civile. Gerade infolge dieser Tatsache gewann es die Kraft, auf das jus civile selber umgestaltenden, fortbildenden Einflufs auszuüben. Wie bei uns das Handelsrecht auf unsere gesamte Privatrechtsentwickelung, so wirkte das jus gentium führend, reformierend auf das bäuerlich-agrarische jus civile. Das Organ, welches die Aufnahme der neuen Rechtsgedanken in das jus civile vermittelte, war zwar an erster Stelle die Amtsgewalt des Prätors, des Magistrats. Hinter dem Magistrat aber stand die Naturgewalt von Handel und Verkehr. Mindestens schon im dritten Jahrhundert v. Chr. mufs diese Entwickelung eingesetzt haben. Als das besondere Gastgericht des Fremdenprätors geschaffen wurde, war schon zuvor im Stadtgericht die Ausbildung eines neuen für Gäste wie für Bürger gleichermafsen möglichen Verkehrsrechts im Werk gewesen[3]. Nehmen wir hinzu, dafs seit derselben Zeit das Fremden-

[3] Die wesentliche Übereinstimmung der beiden prätorischen Edikte (des praetor urbanus für das Bürgergericht, des praetor peregrinus für das Gastgericht), die wir zu Ciceros Zeit wahrnehmen (unten § 17 Anm. 3), dürfte von vornherein bestanden haben. Selbstverständlich sollte mit der Entlastung des städtischen Prätors durch Absonderung der Fremdensachen keine sachliche Rechtsänderung verbunden sein. Allerdings war der Umfang des Edikts damals noch ein geringer. Aber, wie Cicero bezeugt, ging die Entwickelung der beiden Edikte in der Hauptsache gleichmäfsig vor sich. Von dem ältesten Bestand des prätorischen Edikts, wie er schon zur Zeit der Abtrennung des Fremdenprätors möglich war, gibt der Anhang des Hadrianischen Edikts (unten § 15 Anm. 3) eine ungefähre Anschauung. Hier begegnen auch die prätorischen Stipulationen. Weil auch der Prätor

tum, voran das griechische Wesen, die gesammelte Macht hellenischen Kulturlebens auf seinen Schultern tragend, immer übermächtiger auf das altnationale Römertum eindrang. Die Welt kam, um Rom zu ihrer Hauptstadt zu machen. Zugleich kam das jus gentium, ein Weltrecht, ein Recht nicht blofs für den Bürger, sondern für die Privatperson als solche, um auch das unter römischen Bürgern geltende Recht durch die Anererkennung formfreier Rechtsgeschäfte, welche nicht durch die Form (das Sichtbare, Äufserliche, Sinnliche), sondern durch den Willen wirken, einer neuen Zukunft entgegenzuführen[4].

So setzte sich durch, dafs auch die formlose Tradition ein rechtsgültiger Eigentumserwerbsgrund (an res nec mancipi) sei, wenigstens sofern sie auf Grund eines Kaufgeschäftes erfolgte, und sofern der Kaufpreis vom Käufer wirklich gezahlt war. Der Rechtssatz der zwölf Tafeln von der Notwendigkeit der Preiszahlung für den Eigentumserwerb des Käufers (der Preiszahlung ward die Leistung von Sicherheit gleichgestellt) wurde auch auf den Erwerb durch Tradition bezogen[5]. Die Eigentum übertragende Kraft der Kauftradition ist dann auf die Tradition überhaupt erstreckt worden, sofern ein Rechtsgeschäft geschlossen war, welches die Absicht der Eigentumsübertragung aufser Zweifel stellte. Die Rechtsnotwendigkeit der feierlichen Manzipation beschränkte sich auf bestimmte Klassen von Sachen, die sogenannten res mancipi (unten § 62). Es waren die Sachen, welche den eigentlichen Grundstock des bäuerlichen Vermögens

---

peregrinus die Stipulation (das rechtsförmliche Versprechen) als Mittel des Prozesses zur Anwendung brachte, ging die zivilrechtliche Stipulation (die Form der sponsio ausgenommen) in das jus gentium über, vgl. oben S. 71 Anm. 16 und Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 66. Das Amtsrecht war für Peregrinen und Römer „vielfach identisch", Mitteis S. 68 Anm. 16.

[4] Vgl. zu dem obigen M. Voigt, Jus naturale, Bd. 2, §§ 16. 21 ff.; Degenkolb, Rektoratsrede, unten § 49 Anm. 9; Mommsen, Römisches Staatsrecht, Bd. 3 (1887), S. 590 ff. 600 ff.; Jörs, Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik (1888), S. 114 ff. 126 ff.; Ad. Schmidt in der Zeitschr. d. Savigny-Stift., Bd. 9, S. 137 ff.; Eisele, Abh. zum röm. Zivilprozefs (1889), S. 69 ff. 100; Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht (1891), S. 72 ff.; Wlassak, Röm. Prozefsgesetze, Bd. 2, S. 129 ff. 239 ff.; jetzt vor allem Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 44 ff. 62 ff.

[5] Vgl. § 41 I. de rer. div. (2, 1), oben S. 54 Anm. 4.

bildeten: das Grundstück (fundus Italicus) und sein notwendiges Zubehör (Sklaven, Zug- und Lasttiere, Prädialservituten). Für alle übrigen Sachen (Geld, Kleidungsstücke, Gerätschaften usw., die sogenannten res nec mancipi, nicht zum dauernden Besitz, sondern zum Verkehr bestimmt) genügte es zum Eigentumserwerb, wenn sie auf Grund eines den Veräufserungswillen klarstellenden Rechtsgeschäftes einfach übergeben (tradiert) wurden.

Wie die formlose Tradition, so hat der formlose Kauf, die Miete, die Sozietät, das Mandat, lauter Geschäfte, die nach Treu und Glauben, nicht nach dem Buchstaben wirken, Rechtsgültigkeit empfangen. Das römische Familien- und Erbrecht (das Gebiet der personenrechtlichen Rechte) schlofs sich nach wie vor streng gegen die Nichtbürger ab[6]. Aber auf dem Gebiet des Vermögensrechts ward den freieren, auch dem Peregrinen zugänglichen Verkehrsgeschäften eine breite Gasse aufgetan.

Der Weltverkehr trat mit seinen Anforderungen den altväterischen Formen des römischen jus civile gegenüber. Schon während der letzten Jahrhunderte der Republik hatte er in der Anerkennung einer Reihe von formlosen Rechtsgeschäften den entscheidenden Erfolg davongetragen. Mit dem Ausgang der republikanischen Epoche setzt endgültig die Umwandlung des römischen Stadtrechts in das Weltrecht der Zukunft ein.

Zweites Kapitel.

Die Zeit des Weltrechts.
(Die Kaiserzeit.)

§ 14.
Jus civile und jus gentium.

Jus civile ist Stadtrecht, Bürgerrecht, nur für die Bürger der römischen Gemeinde bestimmt. Seine Quellen sind das Volksgesetz (lex), das Gewohnheitsrecht, seit Ende der Republik auch das Senatuskonsult. Aus diesem jus civile engbürgerlicher Art

---

[6] **Mitteis**, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 64. 70 ff.

sollte ein zu jus gentium (Weltrecht) umgebildetes „Zivilrecht“ werden.

Schon hatte das römische Stadtrecht eine Reihe von Rechtsgeschäften aufgenommen, deren gemeinsamer Charakterzug die Formlosigkeit, die leichte Handhabung, die freie Beweglichkeit war (§ 13).

Die Römer selber machten die Wahrnehmung, dafs ihr Recht bereits ein doppeltes Element enthielt: das eine durch die Form wirkende, welches ihrem alten jus civile, dem eigentlichen Bürgerrecht, entstammte, das andere formfreie, welches durch die Berührung des römischen Verkehrs mit dem Weltverkehr zur Rechtskraft erstarkt war; jenes nur für den Verkehr der römischen Bürger untereinander, dieses auch für die Fremden (peregrini) gültig und bestimmt. Das Recht der ersten Art, das eigentümlich römische Recht, das Bürgerrecht alter Art, hiefs ihnen jetzt jus civile im engeren, besonderen Sinne (jus proprium civium Romanorum)[1], das andere aber erschien ihnen als ein gemeines Menschenrecht, durch die Natur der Dinge und gemeinmenschliches Billigkeitsgefühl allen Völkern gemeinsam (jus gentium, quod apud omnes gentes peraeque custoditur), gewissermafsen ein kraft seiner Selbstverständlichkeit überall geltendes Naturrecht[2]. Nicht als ob man die Geltung eines von den Philosophen erdachten Naturrechts hätte einführen wollen, vielmehr war und blieb auch das jus gentium ein Teil des positiven, durch die Verkehrsgewohnheiten und andere Rechtsquellen (insbesondere das prätorische Edikt, § 15) konkret gestalteten römischen Rechts. Auch nicht als ob man einfach fertiges fremdes Recht (hellenisches Recht) aufgenommen hätte; das geschah nur ganz ausnahmsweise (ein Beispiel die lex Rhodia de jactu, unten § 82, 2; vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 18ff). Nein, es war lediglich das erwachende Bewufstsein, dafs durch Aufnahme des freieren Elementes das römische Recht beginne, seine nationalen Besonderheiten abzulegen und aus örtlichem Sonderrecht und Stadtrecht in ein gemeines Weltrecht

[1] Heute nennen wir „bürgerliches Recht“ (Zivilrecht) das Privatrecht schlechtweg; den Römern ist Zivilrecht das von Rechts wegen (ipso jure) unter Bürgern geltende Recht. Vgl. unten § 15 Anm. 11.

[2] Vgl. Kipp, Gesch. der Quellen S. 13 ff.

sich zu verwandeln, welches in der Entgegensetzung von jus civile und jus gentium zum Ausdruck gelangte. Jus gentium war der Teil des römischen Privatrechts, welcher mit dem Privatrecht anderer Völker (insbesondere dem griechischen Recht, das an den Gestaden des Mittelmeeres eine natürliche Vorherrschaft ausübte) in seinen Grundgedanken übereinstimmte. Mit anderen Worten, jus gentium war derjenige Teil des römischen Rechts, welcher schon den Römern als eine Art von ratio scripta, als gemeingültiges und gemeinmenschliches Recht erschien.

Die Unterscheidung des römischen Rechts in jus civile und jus gentium war nicht blofs von theoretischem, sondern von hervorragend praktischem Werte. Der Verkehr der Fremden, der Griechen, Phöniker, Juden stand nunmehr in Rom unter römischem Recht, aber unter römischem jus gentium; nach römischem Sonderrecht (jus civile in engerem Sinne) konnte grundsätzlich nur der römische Bürger mit dem römischen Bürger verkehren (vgl. § 33). Das jus gentium war also zugleich das römische Fremdenrecht (das Verkehrsrecht der Peregrinen), wie es ja auch unter dem Einflufs des Fremdenverkehrs seine Gestalt und in dem Edikt des Fremdenprätors seine erste feste Form gewonnen hatte.

Bei jedem Volke tritt ein Augenblick ein, in welchem die Anforderungen natürlichen Billigkeitsgefühls gegen die überlieferten Formen einer strengeren Urzeit sich erheben. Bei den Römern war dieser Augenblick jetzt herangekommen. Das jus gentium war das jus aequum, welches im Gegensatz zu dem altüberlieferten jus strictum sich immer bedeutender entfaltete. Die Geschichte des römischen Rechts ging darauf hinaus, dies neuaufkommende jus aequum an die Stelle des jus strictum zu setzen, das alte jus civile zu vernichten durch jus gentium. Aber der römische Rechtsinstinkt liefs diese Entwickelung nicht mit einem Schlage vor sich gehen. Nicht wie ein Hagelwetter kam das jus gentium über das jus civile. Es war vielmehr die stetige, unausgesetzte Arbeit von mehr als einem halben Jahrtausend, welche ganz allmählich das Billigkeitsrecht neben dem älteren, strengeren Recht zur Ausbildung brachte und dann erst, als die Formen des jus civile altersgrau, leer, von selber lebensunfähig

geworden waren, dasselbe völlig beseitigte. Langsam, mit Vorsicht, gewissermafsen Stück für Stück, ward ein Teil des freieren, billigeren Rechts nach dem anderen entfaltet, versucht und dem römischen Rechtsorganismus einverleibt. Eine ungeheure Kleinarbeit reformierte das römische Recht. Und allein durch diese Sorgfalt, welche nicht auf stolzen Rossen allgemeiner unklarer Billigkeitsprinzipien einherzog, sondern mit dem ererbten römischen Sinn für Mafs, Form und Gesetzlichkeit das Billigkeitsrecht auf klare, ins feinste durchgearbeitete, in allem einzelnen erwogene Grundsätze brachte, konnte das römische Recht trotz der weiten, freien Entfaltung seines Inhalts doch die künstlerische, den Stoff bändigende und in feste architektonische Form zwingende Gestaltungskraft bewahren, welche aus dem römischen Recht, insbesondere dem römischen Privatrecht, ein Vorbild für alle Zeiten gemacht hat.

In der Ausarbeitung des jus gentium, des natürlich-billigen Verkehrsrechts, zu einem kristallklaren, wunderbar durchsichtigen, durch Form und Inhalt den beschauenden Geist bezwingenden System hat die weltgeschichtliche Aufgabe des römischen Rechts bestanden. Durch diese Leistung, welche es für alle Zeiten vollbracht hat, ward es fähig, nicht blofs ein Weltrecht des römischen Reiches zu sein, sondern, sobald es aus der Vergessenheit der Jahrhunderte wieder auftauchte, auch die Welt der Gegenwart zu erobern.

Drei Mächte sind es gewesen, welche nach- und nebeneinander an dieser selben einen Aufgabe, der Ausarbeitung und Einführung des jus gentium, entscheidend tätig gewesen sind: das prätorische Edikt, die römische Rechtswissenschaft und die kaiserliche Gesetzgebung.

Gaj. Inst. I § 1: Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur.

§ 15.
Das prätorische Edikt.

Im Jahre 367 v. Chr. ward die Gerichtsbarkeit von der konsularischen Gewalt abgezweigt und ein besonderer Stadtrichter (praetor urbanus) eingesetzt. Später (um das Jahr 242 v. Chr.) ward es infolge des anwachsenden Verkehrs nötig, noch einen zweiten Prätor, den praetor peregrinus, einzusetzen, dem alle Prozesse zwischen römischen Bürgern und Nichtbürgern (Peregrinen) oder der Nichtbürger untereinander zugewiesen wurden. Der praetor urbanus blieb nur für die Prozesse der römischen Bürger untereinander zuständig.

Der Prätor besafs, ebenso wie vor ihm der Konsul, für die Dauer eines Amtsjahres die alte königliche Gerichtsgewalt[1], d. h. eine Gerichtsgewalt mit souveränem richterlichem Ermessen (imperium), formell (und auch nur der römischen Bürgerschaft gegenüber) lediglich gebunden durch den Buchstaben der Volksgesetze, der leges. Der Richter von heute ist ein Gerichtsbeamter: seine Rechtsprechung dient lediglich der Anwendung des Rechts. Der Prätor aber war der Gerichtsherr, die Gerichtsobrigkeit. Als Magistrat vertrat er innerhalb seiner Amtsgewalt den souveränen populus Romanus. Seine Rechtsprechung war daher imstande, als Mittel auch der Rechtserzeugung aufzutreten. Sobald das praktische Bedürfnis es forderte, konnte er von blofser Anwendung des geltenden Rechts zu freier Rechtshandhabung übergehen. Damit hängt die besondere Bedeutung des prätorischen „Edikts" zusammen.

Edikte sind öffentlich bekannt gemachte Verfügungen der magistratus populi Romani. Prätorische Edikte sind öffentlich bekannt gemachte Verfügungen des Prätors. Sie beziehen sich auf die Grundsätze, welche der Prätor bei Handhabung seiner

---

[1] Der Name praetor bedeutet wörtlich den Feldherrn und ist in den ersten Jahrhunderten der Republik der Ehrentitel der Konsuln: Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 2 (3. Aufl.), S. 74 ff. Der Prätor war sachlich ein dritter Konsul, jedoch mit der sonderlichen Aufgabe, nicht das militärische Kommando, sondern die Gerichtsbarkeit zu handhaben. Daher er an Rang (und Zahl der Liktoren) dem Konsul nachstand, wenngleich grundsätzlich seine Gewalt konsularische Gewalt war: Mommsen S. 193 ff.

Jurisdiktion, also bei Handhabung seines freien richterlichen Ermessens zu befolgen beabsichtigt. Der Prätor ist aber, trotz der ihm von vornherein zuständigen Befehlsgewalt (imperium), keineswegs sogleich mit Verkündigung solcher Edikte vorgegangen. Denn es verstand sich von selbst, daſs er für seine Rechtsprechung unter römischen Bürgern zunächst einfach die Ausführung des bestehenden Rechts als seine Aufgabe betrachtete, und daſs seine freie Rechtsprechung unter Bürgern und unter Nichtbürgern lange Zeit lediglich mit Entscheidungen von Fall zu Fall vorging. Er gewährte etwa unter Umständen im Einzelfall durch seinen Machtspruch (decretum, interdictum, vgl. unten § 56) auſserordentliche amtsrechtliche Rechtshilfe. Oder er nötigte, wenn er einen dem Zivilrecht noch unbekannten Anspruch dennoch mit rechtlicher Kraft bekleiden wollte, durch seinen Befehl die Parteien zum Abschluſs eines zivilrechtlichen Vertrags (sponsio, stipulatio, vgl. unten § 80), der die Grundlage zivilrechtlichen Verfahrens abzugeben imstande war (Prozeſsstipulationen, stipulationes praetoriae)[2]. Erst allmählich haben sich feste Grundsätze dieser freien prätorischen Rechtsprechung herausgearbeitet, welche dann einen Anlaſs zu öffentlichen Bekanntmachungen des Prätors gaben. Zuerst ward, wie es scheint, beim Tribunal des Prätors ein Verzeichnis von Formeln aufgestellt zur Belehrung für die Parteien, z. B. von Formeln für die vom Prätor zu erbittenden Interdikte (Befehle) und für die Prozeſstipulationen (Prozeſsverträge), von denen eben die Rede war[3]. Nach dieser Formeltafel kamen dann

[2] Über die dekretierende Tätigkeit des Prätors als die Grundlage und stete Begleiterscheinung seines Edikts vgl. Hruza, Zum römischen Amtsrechte, Innsbruck 1907, S. 6. 20.

[3] Das Hadrianische Edikt schlieſst mit einem Anhang, welcher wesentlich nur Formeln enthält, nämlich Formeln für die Interdikte, die Exzeptionen und die Stipulationen (Prozeſsstipulationen). Ein innerer Grund, welcher die Zusammenfassung namentlich der Exzeptions- und der Stipulationsformulare am Schluſs des Ediktes rechtfertigte, ist nicht vorhanden. Um so weniger, weil dadurch die prätorischen Stipulationen von den an ganz anderer Stelle zu findenden bezüglichen Edikten (welche den Abschluſs derselben anordnen) weit getrennt sind, und weil ebenso die Exzeptionen auf diese Weise völlig von den betreffenden Materien, zu denen sie gehören, abgelöst auftreten. Es liegt am nächsten, diese auffallende Erscheinung

aber auch andere Tafeln auf, welche vom Prätor geschaffene Klageformeln (actiones) und Verordnungen des Prätors auf dem Gebiet des Rechtslebens (die eigentlichen Edikte) aufnahmen. Die prätorischen Tafeln, nur für die Dauer eines Jahres bestimmt, waren einfach von Holz, mit weifser Farbe angestrichen (daher das Ganze album genannt). Aber diese Holztafeln waren die Träger des kommenden Rechts, durch welches das alte Recht der zwölf Tafeln reformiert, dann zu Grabe getragen wurde. Das Ganze hiefs wegen seiner äufseren Form das Album oder auch das Edikt des Prätors, indem man also auch die vom Prätor aufgestellten Formeln (deren Publikation kein Edikt im Rechtssinne war) mit den eigentlichen Edikten unter dem Gesamtnamen „das Edikt“ mit begriff[4].

---

auf einen geschichtlichen Grund zurückzuführen, auf die Tatsache nämlich, dafs in diesem Anhang die Anfänge des prätorischen Albums vor uns liegen, die Formeltafel (natürlich mit einer Reihe von späteren Nachträgen), welche man, wie sie einmal sich gebildet hatte, beisammen liefs. Auf dieser Formeltafel fehlen die Aktionen (die Klagformulare), weil der Prätor zurzeit des Legisaktionenprozesses wenigstens zunächst auf die Bildung der Klagformel keinen Einflufs hatte; die legis actiones, welche durch die (pontifikale) Rechtswissenschaft ausgebildet und fortgebildet wurden, erfuhren ihre Veröffentlichung nicht durch den Prätor, sondern wurden durch Privatarbeiten (jus Flavianum, unten § 18 i. A.) bekannt gemacht. Als der Prätor dann, infolge der Ausbildung des Formularprozesses, auch Klagformulare aufstellte, reihte er sie mit den, gleichfalls jüngeren, Edikten (Verordnungen) zusammen. Die ältere Formeltafel aber blieb an ihrem Platz als besonderer Teil (Anhang) des Albums. Diese Annahme hat zur Voraussetzung dafs die in jenem Formelteil zusammengestellten Rechtsmittel sämtlich schon der älteren Zeit des Legisaktionenprozesses angehören. Von den Interdikten und den prätorischen Stipulationen kann dies mit hinreichender Sicherheit behauptet werden. Was die Exzeptionen angeht, so möchte vielleicht in der uns hier beschäftigenden Tatsache ein Beweisgrund zu gunsten der Ansicht zu finden sein, dafs zwar nicht bei dem lege agere, aber doch bei dem — in die Legisaktionenzeit zurückreichenden — per sponsionem agere die Einfügung einer exceptio (in die Prozefssponsion) möglich war: Karlowa, Der römische Zivilprozefs zurzeit der Legisaktionen (1872), S. 101. So würden also die Exzeptionsformulare nicht zufällig vor die Sponsionsformulare gestellt worden sein. — Vgl. zu dem vorigen Wlassak, Edikt und Klageform (1882), S. 22 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 462 ff.

[4] Die Anordnung des Hadrianischen Edikts (vgl. § 17) ruht auf dem Gegensatz der ordentlichen und der aufserordentlichen Form der magistra-

Von alters her wird jeder neue Prätor beim Amtsantritt für Neuprüfung und Neuaufstellung der Formeltafeln (deren Material schon bedingte, dafs sie höchstens für die Dauer eines Amtsjahres ausreichten) zu sorgen gehabt haben. Was für die Formeltafeln Herkommen war, das war für die Edikte von vornherein Notwendigkeit. Die Edikte verloren ihre Gültigkeit mit der Amtsdauer des edizierenden Magistrats. Der neue Prätor hatte also beim Amtsantritt das Edikt (als Ganzes) neu aufzustellen, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset: l. 2 § 10 D. de O. J. (1, 2).

Dies Edikt des Prätors beim Amtsantritt heifst edictum perpetuum. Es soll für die ganze Dauer seines Amtsjahres gelten. Den Gegensatz bildet die aufserordentliche Verfügung im Laufe des Amtsjahres für unvorhergesehene Verhältnisse (prout res incidit). Das Edikt (wir werden im folgenden das edictum perpetuum unter dem „Edikt" schlechtweg verstehen) ist kein Gesetz, überhaupt ursprünglich keine Rechtsquelle. Sogar der edizierende Magistrat selber konnte von seinem Edikt willkürlich abgehen[5], so dafs eine lex Cornelia (67 v. Chr.) es

---

tischen Rechtshilfe: der erste Hauptteil des Edikts handelt von der Handhabung der Jurisdictio, d. h. von der ordentlichen Form der Rechtshilfe, der zweite Hauptteil von der Handhabung des imperium (im engeren Sinn), d. h. von der aufserordentlichen Rechtshilfe kraft der befehlenden Amtsgewalt des Magistrats (vgl. unten § 56). Vorausgeschickt ist ein einleitender Teil (von der Ordnung und Sicherung des Rechtsganges bis zur Erteilung des Judicium); angehängt ist ein Schlufsteil (Zwangsvollstreckung und Nichtigkeitsbeschwerde). Dann folgt der in der vorigen Anmerkung besprochene Anhang (Interdikte, Exzeptionen, Stipulationen) und endlich das ädilizische Edikt. Lenel, Das Edictum perpetuum (1883), S. 12 ff.

[5] Doch konnte der Kollege in solchem Fall interzedieren. Cic. in Verrem act. II lib. I 46 § 119: Tum vero in magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset. Vgl. ferner § 120: Alias revocabat eos, inter quos jam decreverat, decretumque mutabat, alias inter alios contrarium sine ulla religione decernebat, ac proximis paullo ante decreverat. Wenn ein solches Vorgehen also auch als ungehörig (sine ulla religione) empfunden wurde, so äufserte sich doch darin die formell freie (soweit nicht bestimmte leges vorlagen), königliche Gerichtsbarkeit des Magistrats. Auch die lex Cornelia hat die freie dekretierende Gewalt des Prätors nicht aufgehoben, sondern nur

nötig fand, die Prätoren an die Beobachtung der in ihrem edictum perpetuum aufgestellten Grundsätze zu erinnern (ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent). Auf alle Fälle erlosch die Geltung des Edikts mit dem Amtsjahr des Edizierenden. Der Nachfolger war an das Edikt des Vorgängers nicht gebunden. Er konnte es wiederholen oder auch ändern, wie er wollte. In der Natur der Dinge aber lag es, dafs ein grofser Teil des Edikts bald herkömmlich stehend wiederholt wurde (edictum tralaticium) und dafs der Nachfolger sich auf Zusätze (nova edicta, novae clausulae) beschränkte[6]; ein Beispiel die nova clausula Juliani, unten § 111 II 1. So bildete sich eine feste prätorische Gerichtspraxis, welche die Führung der Rechtsentwickelung in ihre Hand zu nehmen imstande war.

Gesetze konnte der Prätor nicht geben, aber Klagen konnte er geben und verweigern. Das war das Mittel, mit dem er eingriff.

Die zivilrechtliche Klage alten Stils (legis actio) war in unbewegliche, von der Praxis im Anschlufs an die Gesetzesworte ausgebildete Formen eingezwängt. Hier war nur Raum für eine ganz bestimmte Zahl von legalisierten Ansprüchen. Der alten verkehrsarmen Zeit hatte das genügt. In der aufblühenden Stadt mufsten an den Rechtsschutz weitergehende Forderungen gestellt werden. Tagtäglich wurden formlose Käufe, Mietverträge, Gesellschaftsverträge, Auftragsverträge geschlossen, Verträge, die das alte Zivilrecht wegen ihrer Formlosigkeit und ihres unpräzisen, nach Treu und Glauben (bona fides) sich mannigfach verschiebenden Inhalts grundsätzlich nicht anerkannte. Aber sie

---

einer mifsbräuchlichen Anwendung derselben entgegentreten wollen, Hruza, a. a. O. (oben Anm. 2), S. 22.

[6] Schon zu Ciceros Zeit war der gröfste Teil des prätorischen Edikts tralatizischer Natur, so dafs Cicero das prätorische Recht (welches ja auf keiner lex beruhte) als eine Art des Gewohnheitsrechts bezeichnet, Cic. de invent. II 22 § 67: Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit; in ea autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem; quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Vgl. ferner Cic. Verr. II lib. I 44 § 114: et hoc vetus edictum translaticiumque esse; 45 § 115: in re vetere edictum novum; 48 § 117: hoc (edictum) translaticium est. Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 1 (3. Aufl.), S. 208 Anm. 5.

forderten jetzt ihren Schutz von der Obrigkeit. Und so geschah es. Der Prätor gab Klagen, wo nach Zivilrecht keine Klage war. Nicht etwa gleich durch Edikt, also nicht durch allgemeine Rechtsschutzverheifsung, aber durch Dekret, durch Einzelentscheidung von Fall zu Fall. Er liefs die Parteien einen Schiedsvertrag schliefsen, durch den sie der Entscheidung eines Schiedsrichters (arbiter, judex) sich unterwarfen. Er nötigte durch Befehl den etwa widerstrebenden Gegner, auf solches Verfahren einzugehen, und bekleidete den geschlossenen in kurzer Form (formula) schriftlich bekundeten Schiedsvertrag durch seine Bestätigung mit obrigkeitlicher, öffentlichrechtlicher Autorität, so dafs der Spruch des Schiedsrichters zum vollstreckungsfähigen Urteilsspruche wurde. Neben dem zivilrechtlichen Legisaktionenprozefs erhob sich so der prätorische Formularprozefs (unten § 49 ff.) Der neue Prozefs war von Zivilrechts wegen kein gesetzliches Verfahren, sondern lediglich ein Verfahren kraft obrigkeitlichen Machtspruchs, ein judicium imperio continens. Aber dies Verfahren gewährte wie den zahlreichen handeltreibenden Fremden in Rom so auch den römischen Bürgern für die bonae fidei negotia des täglichen Verkehrs den dringend notwendigen Rechtsschutz. Es war darum im Bunde mit der lebendigen Rechtsüberzeugung, die zu allen Zeiten die herrschende Grofsmacht ist. Die prätorische, im Wege unzähliger Einzeldekrete sich durchsetzende Rechtshandhabung prägte ihre neuen Gedanken dem allgemeinen Bewufstsein ein. Auf diesem Wege sind die oben S. 78 namhaft gemachten Konsensualkontrakte (vgl. unten § 82) schon zu frühen Zeiten in das römische Zivilrecht aufgenommen worden. Kein Gesetz hat ihnen zivilrechtliche Geltung beigelegt. Auch kein Edikt des Prätors hat ihnen eine allgemeine Klagverheifsung gegeben. Das Edikt hat später nur die formula für die actio, nicht mehr die bereits von Zivilrechts wegen unnötige Verheifsung der actio emti usw. aufgenommen. Die genannten Konsensualkontrakte sind „moribus", d. h. durch Gewohnheitsrecht, nämlich durch das vom Prätor geführte Gewohnheitsrecht in die Reihe der zivilrechtlich gültigen Kontrakte aufgenommen worden[7].

---

[7] Der Text folgt den glänzenden Ausführungen von Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 40 ff.

Das war der erste Erfolg, den die prätorische freie Rechtsprechung davon trug. Der zweite Erfolg war die lex Aebutia, ein Volksgesetz bald nach der Mitte des 2. Jahrhunderts v. Chr., welches den Formularprozefs gesetzlich anerkannte und das innerhalb der römischen Bannmeile unter Bürgern mit formula in jus concepta eingesetzte Verfahren mit einem Schiedsrichter (unus iudex) zum Range eines judicium legitimum erhob (unten § 49). Das Volksgesetz bestätigte, dafs das prätorische imperium als Organ der Volksüberzeugung gewirkt hatte. Nunmehr war vollends freie Bahn für den Prätor und sein Edikt gewonnen. Das Edikt ward stetig reicheren Inhalts. Es brachte nicht mehr blofs Formeln für Interdikte (auferordentliches Verfahren) und Prozefsverträge. Es brachte Formeln für das neue ordentliche (formulare) Klageverfahren (actiones). Es brachte nunmehr auch allgemeine Verfügungen, Klageverheifsungen (so für die Fälle des metus, des dolus, der negotiorum gestio, vgl. z. B. l. 3 pr. D. 3, 5 usf.). Das Edikt trat seine Herrschaft an. Schon zu Ciceros Zeit verkörperte es die Kraft der römischen Rechtsentwickelung[8].

Der wesentliche Inhalt des prätorischen Edikts bestand in der Ausbildung des Billigkeitsrechts (des jus gentium), welches mehr und mehr die Rücksichtslosigkeit des alten jus civile beseitigte. Das prätorische Edikt war das beste Mittel, um diese ebenso wichtige wie schwierige Reform zu bewerkstelligen. Immer nur für ein Jahr gültig, gewährte es die Möglichkeit, versuchsweise mit neuen Grundsätzen vorzugehen, welche man sofort wieder fallen lassen konnte, wenn sie sich nicht bewährten. Im allgemeinen war die Neigung der Prätoren nicht, stracks mit allgemeinen Prinzipien durchzugreifen. Man beschränkte sich vielmehr zunächst darauf, einen ganz bestimmten Fall zu regeln, dessen Bedingungen man deutlich übersah. Dann konnte der Nachfolger dem Edikt des Vorgängers noch einen weiteren Zusatz beifügen, der dritte noch einen Schritt weiter vorgehen usf. Man strich nicht gern, was im Edikt gestanden hatte, gerade weil man ins Weite gehende Verallgemeinerungen scheute. Man fügte

[8] Cic. de legib. I 5 § 17: Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas.

lieber einen zweiten konkreten Fall dem ersten hinzu, zugleich weil man so des genauen Wortausdrucks sicher war, denn das Wort war es, wonach man wie das Gesetz so das prätorische Edikt auslegte. So entstand in dem Edikt eine Art Gesetzbuch des Privatrechts in der Gestalt von Bestimmungen über Gewährung von Klagen, Einreden usw., nicht gerade angenehm zu lesen und nicht gerade in Ciceros Stil, aber ein Gesetzbuch, welches in seiner schwerzüngigen Sprache die Erfahrungen, die Weisheit, die Vorsicht der Voreltern von Geschlecht zu Geschlecht überlieferte. Es war ein Gesetzbuch, welches zugleich konservativ und leicht veränderlich war, welches darum zugleich in den Erfahrungen der Vergangenheit und in der lebendigen Bewegung der Gegenwart wurzelte.

Das prätorische Recht, wie es durch das Edikt sich gestaltete, war kraft der Macht, welche es über die Gewährung der Rechtshilfe besafs, tatsächlich dem Recht gleich. Schon zu Ciceros Zeit ward es als eine Art Gesetz empfunden[9]. Aber das prätorische Recht war dennoch als solches kein Recht im Rechtssinne. Gerade die Tatsache, dafs das neue Recht jetzt im Edikt zu schriftlicher, äufserlich selbständiger Form gelangte, führte zu der scharfen Scheidung zwischen dem zivilen und dem ediktalen Recht (dem Volksrecht und dem Amtsrecht), welche dann die ganze klassische Rechtsentwickelung beherrschte. Die ältere Zeit hatte den Begriff eines prätorischen Rechts selbstverständlich noch nicht gehabt. So lange der Prätor lediglich durch Einzeldekrete am Rechtsleben arbeitete, erschien seine Rechtsprechung als eine Kraft der Fortentwickelung der geltenden Ordnung, d. h. des Volksrechts, und was sich auf Grund der prätorischen Jurisdiktion im allgemeinen Bewufstsein durchsetzte (so die Rechtsverbindlichkeit der oben genannten Konsensualkontrakte), ward Zivilrecht, nicht jus honorarium. Erst die jüngere Art des ediktalen, geschriebenen Rechts war darauf angelegt, sich in ihrer Sonderart als der Quelle nach vom Zivilrecht verschiedenes Recht zu behaupten. Auch jetzt noch fand Übergang prätorischen „Gewohnheitsrechts“ in das Zivilrecht

[9] Cic. in Verrem II 1 § 42: Qui plurimum tribuunt edicto, praetoris edictum legem annuam dicunt esse.

statt[10]. Aber je mehr das im Edikt niedergelegte Recht sich entfaltete, um so mehr schloſs es sich zu einem besonderen vom Zivilrecht geschiedenen Rechtssystem zusammen. Als jus honorarium (Amtsrecht) trat das prätorische Recht nunmehr dem eigentlichen Recht, dem jus civile (Volksrecht, dem Recht von Volkswillens wegen) gegenüber. Jus gentium war auf beiden Seiten zu finden, sowohl in dem (durch prätorischen Einfluſs bereits fortgebildeten) jus civile[11] wie in dem jetzt sich selbständig erhebenden jus honorarium, aber in dem jus honorarium überwog

[10] Das ist zuerst von E. Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio (1872) § 2 Anm. 13 beobachtet, dann von Wlassak, Zur Gesch. d. neg. gestio (1879) S. 153 ff.; Röm. Prozeſsgesetze Bd. 2 S. 302 Anm. 10 dargelegt worden. Die neue von Mitteis vertretene Erkenntnis ist die, daſs gerade in der älteren Zeit der bloſs dekretalen prätorischen Rechtsschöpfung die Wirkung prätorischer Rechtsgrundsätze unmittelbar als gewohnheitsmäſsige Änderung des Zivilrechts sich äuſserte (das Stadtgericht handhabte ja das Stadtrecht, das bürgerliche Recht), daſs also „der scharfe Gegensatz zwischen Jus civile und honorarium die Signatur nicht der alten, sondern der neuen römischen Zeit ist“ (Mitteis a. a. O. S. 58).

[11] Der Begriff des jus civile ist ein verschiedener je nach dem Gegenbegriff, zu dem er in Verhältnis gesetzt wird. Jus civile oder jus schlechtweg im Gegensatz zu lex oder jus legitimum drückt eine Unterscheidung der Rechtsquellen aus: jus legitimum, lex ist das in Volksgesetzen (leges) unmittelbar enthaltene Recht; jus civile das unter Führung der pontifices, später der Juristen (regelmäſsig in Anschluſs an die leges: interpretatio) entwickelte ungesetzte Gewohnheitsrecht. Diesen engsten Begriff von jus civile (Juristenrecht) betont insbesondere Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, Teil I, 1902 (ein Nachtrag in Grünhuts Zeitschr. Bd. 31 S. 331 ff.). Jus civile begegnet ferner im Gegensatz zu jus gentium. Dann ist die Unterscheidung der Rechtsgeltung ins Auge gefaſst: ob der Rechtssatz nur für römische Bürger oder auch für die Peregrinen gilt (oben S. 80). Endlich aber bildet jus civile den Gegensatz zum jus honorarium (jus praetorium). Damit ist wiederum ein Unterschied der Rechtsquellen gemeint, und zwar der Gegensatz des gesamten, von Volks wegen (ipso jure) geltenden Rechts (des Volksrechts), mag es jus legitimum oder Juristenrecht oder sonstiges Gewohnheitsrecht sein, zu dem nur von Edikts wegen geltenden prätorischen bezw. ädilizischen Recht. Dieser letzte, weitere Begriff des jus civile ist keineswegs, wie Ehrlich auszuführen sucht, erst gegen das Ende der klassischen Zeit (seit Septimius Severus) aufgekommen; er war da, sobald in dem Inhalt des prätorischen Edikts ein neues Rechtssystem (vgl. z. B. oben S. 88 Anm. 8) erkannt wurde. Vgl. Erman in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 24 S. 421 ff., Bd. 25 S. 316 ff.; Kipp, Gesch. der Quellen S. 94 Anm. 33; Mitteis a. a. O.

der Einfluſs des jus gentium. Das prätorische Edikt ward in der Hauptsache das Mittel, dem älteren strengen Recht eine neue, freiere Rechtsordnung entgegenzusetzen. Mochte das prätorische Recht in seinen Anfängen nur zur volleren Durchführung des jus civile (juris civilis adjuvandi gratia), dann auch zur Ergänzung des jus civile (juris civilis supplendi gratia) dienen, endlich ging es, von der Strömung der Zeit getragen, zur vollen Reform des Zivilrechts (juris civilis corrigendi gratia) über.

§ 16.
Das doppelte Recht.

Die Folge der Entfaltung des jus honorarium war die Entstehung eines doppelten Rechts in Rom. Dem Recht von Rechts wegen (jus civile) trat überall, insbesondere auf dem Gebiet des Privatrechts und des Zivilprozesses, ein anderes Recht, das Recht von Gerichts wegen (jus honorarium) gegenüber.

Das Zivilrecht verlangte für die rechtsgeschäftliche Veräuſserung von res mancipii (res mancipi) die Form der mancipatio. Zum Ritual der mancipatio gehörte das „Ergreifen“ (manu capere) der Sache durch den Käufer (oben S. 55). Ursprünglich hatte der „Handgriff“ (mancipium)[1] zweifellos den Sinn, daſs er den tatsächlichen Besitzerwerb des Käufers zu vermitteln bestimmt war. Aber der Handgriff war in der Fortentwickelung des Zivilrechts (interpretatio) eine bloſse Form geworden. Die mancipatio als solche gab keinen Besitz mehr, sondern nur das Eigentum. Übertragung des Besitzes (Tradition) war nach Zivilrecht für den Eigentumsübergang gleichgültig geworden. Der Prätor war es, der umgekehrt die Tradition (die Besitzübergabe), und zwar auch für res mancipi, zu dem entscheidenden Vorgang machte. War eine res mancipi (z. B. ein Sklav, ein fundus Italicus) verkauft und formlos zu Besitz übergeben worden, so war der Käufer nach Zivilrecht nicht Eigentümer geworden. Im Gericht aber wurde er trotzdem vom Prätor als Eigentümer behandelt. Das echte Eigentum des Zivilrechts (ex jure Quiritium) vermochte der Prätor

[1] In der älteren Sprache: mancupium. Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 23 S. 438.

dem Traditionserwerber einer res mancipi nicht zu geben: er hatte keine Gewalt über die Geltung des Zivilrechts. Aber Klagen und Verteidigungsmittel konnte der Prätor seinem Schützling gewähren, denn er hatte Gewalt über die Handhabung des Zivilrechts. Der bloſse Traditionserwerber besaſs die Sache nicht zu formalem Eigentum, aber er hatte sie kraft prätorischer actio und exceptio (Klage und Einrede) doch „in bonis", so daſs niemand sie ihm zu entreiſsen imstande war. Der zivilrechtlichen Eigentumsordnung stellte der Prätor eine andere Eigentumsordnung, dem quiritischen Eigentum ein anderes Eigentum, das „in bonis esse" (sogenanntes bonitarisches Eigentum), gegenüber (vgl. unten § 62).

Nach Zivilrecht bedurfte es bestimmter Rechtsformen zur Begründung einer Servitut (d. h. eines beschränkten Nutzungsrechts an fremder Sache, z. B. eines Nieſsbrauchs, einer Wegegerechtigkeit); nach prätorischem Recht genügte die formlose Einräumung der Ausübung des Nutzungsrechts, die sogenannte quasi traditio servitutis (unten § 69 IV). Nach Zivilrecht gab es überall keine Verpfändung in unserem Sinn: sollte der Gläubiger Realsicherheit haben, so musste ihm das Eigentum an der Sache übertragen werden. Der Prätor aber schuf ein Pfandrecht neben dem Eigentum: auf Grund der bloſsen Vereinbarung, daſs dem anderen die Sache zu Pfand gesetzt sein sollte, gab er eine dingliche Klage (unten § 72). Wie die Eigentumsordnung, so ward auch die Ordnung der Rechte an fremder Sache durch das jus honorarium von Grund aus umgestaltet.

Hatte jemand den anderen durch Drohung (metus) oder durch Betrng (dolus) zu einem Rechtsgeschäft bestimmt, so war das Rechtsgeschäft nach Zivilrecht dennoch in der Regel gültig. Der Prätor aber berücksichtigte den metus und den dolus in allen Fällen durch Gewährung von Klage und Einrede. War daher ein Schuldversprechen zwar in rechtsverbindlicher Form, aber metus causa oder infolge Betrugs gegeben worden, so war dies Schuldversprechen nach Zivilrecht (regelmäſsig) vollgültig, nach prätorischem Recht aber stets ungültig. Wie metus und dolus, so wurden auch andere Tatbestände (z. B. das pactum de non petendo, d. h. der formlose Erlaſsvertrag), die nach Zivilrecht

für die Befreiung des Schuldners als solche (grundsätzlich) unerheblich waren, vom Prätor als solche für erheblich erklärt. Den prätorischen Schuldbefreiungsgründen traten andererseits prätorische Schulderzeugungsgründe zur Seite: Geschäfte (z. B. das constitutum debiti, d. h. das formlose Versprechen, eine bestehende Schuld zahlen zu wollen), die nach Zivilrecht unklagbar waren, empfingen vom Prätor eine Klage und damit rechtliche Verbindlichkeit (vgl. unten § 71, II).

Konnte der Prätor jemanden zum Erben (heres) machen, der zivilrechtlich nicht Erbe war? Keineswegs! Aber der Prätor übte in seinem Gericht Macht über die Einweisung in den Besitz der Erbschaftsgüter (bonorum possessio), und indem er den Besitz der Erbschaft gewährte oder verweigerte, erzeugte er eine neue, bonitarische Erbrechtsordnung: die Ordnung der prätorischen bonorum possessio (unten § 110).

Im vorigen sind nur einige Hauptpunkte hervorgehoben worden[2]. Aber sie genügen, um eine Vorstellung von der alles umgestaltenden Kraft des jus honorarium zu geben. Zu einem Rechts*system* ward das jus honorarium fortgebildet. Als ein geschlossenes Ganzes trat das neue Privatrecht honorarischen Stils, den Rechtsgedanken des jus gentium huldigend, zu dem System des jus civile in Gegensatz.

Aber das jus civile ward damit nach der jetzt geltenden Rechtsanschauung in keinem seiner Teile aufgehoben. Von Rechts wegen blieb es völlig unberührt. Das jus honorarium vermochte nur durch die Mittel des Prozeſsrechts (actio, exceptio)[3] sich durchzusetzen. Jus civile und jus honorarium standen *neben*einander. Eine kunstvolle Ausgestaltung der juristischen Technik war die Folge. Mit dem von Rechts wegen geltenden Recht, auf welches immer wieder, wenn es die Billigkeit gerade dieses einzelnen Falles forderte, zurückgegriffen werden konnte, verschlang sich das von Gerichts wegen geltende Amtsrecht zu einer reich gegliederten Einheit, die ganze Kraft des Geistes für die Beherrschung dieses verwickelten und doch nicht verworrenen,

---

[2] Über die Ausbildung von honorarischem Zivilprozeſsrecht vgl. unten § 49.

[3] Ausnahmsweise durch in integrum restitutio, vgl. unten § 56.

mit den feinsten Mitteln wirkenden Baus herausfordernd. An der Macht und Kunst des prätorischen Edikts ist die Macht und Kunst der römischen Rechtswissenschaft grofs geworden.

Das römische Zivilrecht sollte nicht mit einem Male durch das grobe Mittel der Gesetzgebung umgestaltet werden. Der Gerichtsgebrauch des Prätors trug die Fähigkeit in sich, durch das Zivilrecht über das Zivilrecht hinauszugelangen, in der Anwendung des Zivilrechts an der Hand des Rechtslebens dennoch ein neues Recht, das Zivilrecht der Zukunft hervorzubringen.

Cicero de offic. I c. 10 § 32. 33: Jam illis promissis standum non esse, quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? quae quidem pleraque jure praetorio liberantur, nonnulla legibus.

L. 5 C. de pactis (2, 3) (Imp. Antoninus): Creditori tuo si partem pecuniae exsolvisti, de parte vero non petenda inter te et eum convenit .... ea obligatione partim jure civili partim honorario liberatus es.

Gajus I § 45: cum apud cives Romanos duplex sit dominium, nam vel in bonis vel ex jure Quiritium vel ex utroque jure cujusque servus esse intellegitur — —.

L. 1 pr. D. quibus modis ususfr. (7, 4) (Ulpian,): parvi refert, utrum jure sit constitutus ususfructus an vero tuitione praetoris.

§ 17.

Das Hadrianische Edikt.

Die Blütezeit des prätorischen Edikts fällt in das letzte Jahrhundert der Republik. Schon war die Aufgabe in der Hauptsache gelöst. Das jus honorarium trat, voll ausgebildet (bereits war es zum gröfsten Teil überlieferter, „tralatizischer“ Natur), im allgemeinen Bewufstsein als zweite Grofsmacht dem jus civile ebenbürtig an die Seite. Nunmehr aber stellte sich die umgestaltete Staatsverfassung der ferneren prätorischen Rechtserzeugung feindlich in den Weg. War doch das jus edicendi des Prätors ein Ausflufs der alten aristokratischen Selbstherrlichkeit der republikanischen Magistraturen. Das aufsteigende Kaisertum duldete auf die Dauer keine selbständige Macht mehr neben sich. Wie auf den anderen Gebieten des

Staatslebens so wurden auch hier die alten Formen gewahrt, aber in der Sache dem neuen, monarchischen Gedanken Bahn gebrochen. Es war Hadrians vielumfassender Geist, welcher an dieser Stelle die notwendige Folge der veränderten politischen Verhältnisse zugleich erkannte und durchsetzte. Von vornherein war es nichts Unerhörtes gewesen, dafs die höchste Gewalt im Staate den Magistraten Weisung über die Ausübung ihrer Amtsgewalt erteilte. So hatten bereits leges[1], dann, namentlich in dem ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, eine Reihe von Senatuskonsulten[2] den Prätoren Vorschriften über ihre Rechtspflege, über Gewährung und Versagung von Klagerechten gegeben und dadurch mittelbar den Inhalt des prätorischen Edikts mitbestimmt. Daran knüpfte Hadrian an. Es war die Zeit gekommen, dem Prätor den gesamten Inhalt seines Edikts vorzuschreiben. Schon war die regelmäfsige Neuverkündung des Edikts durch den Magistrat eine blofse Form geworden. Es hätte den tatsächlichen Machtverhältnissen der Prätur einerseits, des Prinzipats andererseits widersprochen, wenn der Prätor wesentliche Änderungen des Edikts ohne Genehmigung des Kaisers unternommen hätte. Auch war der Kaiser durch sein jus intercedendi rechtlich in der Lage, jede ihm nicht genehme Änderung des prätorischen Edikts zu untersagen. So ward das Edikt des Prätors stereotyp, unfruchtbar. Es war fertig. Was nur noch fehlte, war, ihm seine letzte Gestalt zu geben und zugleich das Verhältnis der kaiserlichen Gewalt zum Edikt in rechtliche Form zu bringen. Zu diesem Zwecke liefs Hadrian (vor 129 n. Chr.) durch den grofsen Juristen Salvius Julianus die beiden prätorischen Edikte (des praetor urbanus und des

---

[1] Z. B. die lex (wahrscheinlich Aelia Sentia vom Jahre 4 n. Chr.), welche dem Prätor vorschrieb, in Bezug auf den Nachlafs bestimmter dediticii (welche durch Freilassung dediticii geworden waren) ita jus dicere, judicium reddere, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent (Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Bd. 1, Rom. Abt., S. 97).

[2] Z. B. das senatusconsultum Vellejanum, Trebellianum, Macedonianum, vgl. Schlesinger in der Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 8, S. 227 Anm. 44; Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 1, S. 629; Krüger, Gesch. d. Quellen d. röm. Rechts, S. 85. Von einem derartigen Senatuskonsult aus der Zeit der Republik (177 v. Chr.) berichtet schon Livius 41, 9.

praetor peregrinus) endgültig redigieren, unter Hinzufügung einiger Zusätze (z. B. der auf das Intestaterbrecht des emancipatus bezüglichen nova clausula Juliani, unten § 111 II 1) sowie des auf Marktsachen (Haftung des Verkäufers für Mängel und dgl.) bezüglichen Edikts der kurulischen Ädilen, und das Ganze durch ein Senatuskonsult bestätigen (sogenanntes Hadrianisches oder Julianisches Edikt)[3]. Für die Provinzen geschah das Gleiche durch Feststellung des von den Provinzialstatthaltern (praesides provinciarum), welche dort die Rechtspflege übten, zu verkündenden Edikts (edictum provinciale). Die kaiserliche Gewalt (deren Wirkung für die Senatsprovinzen durch das Senatuskonsult vermittelt wurde) erhob sich so über den Magistraturen, um den Inhalt des Rechtspflegeediktes in die Sphäre ihres Willens aufzunehmen. Formell blieb noch immer der rechtsprechende Magistrat mit seiner Amtsgewalt die Quelle des in dem Edikt gesetzten Rechts. Nach wie vor hatte der Prätor (in der Provinz der praeses provinciae) beim Amtsantritt sein Edikt zu veröffentlichen, und blieb der Inhalt des Ediktes jus honorarium, nur kraft der Amtsgewalt des rechtsprechenden Magistrats geltendes Recht. Der Inhalt des Edikts war nicht zum Reichsgesetz gemacht und darum nicht in jus civile verwandelt worden[4]. Es blieb nach wie vor der Schein der

[3] Die beiden prätorischen Edikte stimmten in der Hauptsache miteinander überein (der praetor urbanus hatte in seinem Edikt gleichfalls dem freieren jus gentium Raum gegeben), und auch die Edikte der Prozinzialstatthalter pflegten in ihrem Hauptinhalt mit den städtischen Edikten sich in Einklang zu halten. Beides beweist Cicero ad Att. 6, 1, 15: dixi (in dem Edikt für seine Provinz) me de eo genere ad edicta urbana accommodaturum. Die Verweisung auf die edicta (Plural!) ist möglich, weil die beiden städtischen Edikte als wesentlich gleichen Inhalts gedacht werden. Vgl. auch Cic. de invent. oben S. 86 Anm. 6 und oben S. 76 Anm. 3.

[4] Wäre der Inhalt des Edikts unmittelbar durch das Senatuskonsult zu Reichsrecht gemacht worden, so würde das ediktale Recht in jus civile verwandelt worden sein, denn das Senatuskonsult der Kaiserzeit hatte legis vicem (vgl. § 19) und erzeugte darum jus civile. Der Gegensatz des magistratischen Rechts als jus honorarium zum jus civile blieb aber bei Bestand. Daraus folgt, dafs das durch Senatsbeschlufs genehmigte Kaisergesetz nicht privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Inhalt hatte, dafs durch dasselbe der Inhalt des Edikts nicht unmittelbar für die Untertanen (als Reichsprivatrecht bzw. Prozefsrecht), sondern nur für die Magi-

alten republikanischen Magistratsgewalt. Aber Kaiser und Senat hatten den Magistrat kraft ihrer gesetzgebenden Gewalt verpflichtet, ausschliefslich dies neue, endgültig festgestellte Edikt zu publizieren. In der Sache ward der Inhalt des magistratischen Ediktes nicht mehr durch den Willen des Magistrats bestimmt, sondern durch den Willen des Kaisertums. Ergab sich, dafs das Edikt Zweifel lasse, so mufste beim Kaiser angefragt und durch dessen Reskript die Entscheidung bewirkt werden[5]. Ergänzungen der Edikte herbeizuführen, blieb dem Kaiser vorbehalten. Das Edikt des Prätors war unveränderlich geworden (edictum perpetuum in diesem neuen Sinn). Die Fortbildung des ediktalen Rechts sollte nicht mehr in der Form des prätorischen, sondern in der Form des Kaiserrechts erfolgen.

Das prätorische Recht war fertig. Es war Zeit, dafs eine neue Kraft herantrat, um eine nunmehr neu sich stellende Aufgabe zu lösen: die römische Rechtswissenschaft.

L. 2 § 10 D. de orig. juris (1, 2) (Pomponius): Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant. Quae edicta praetorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat.

Asconius in Cicer. orat. pro Cornelio: Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis tulit: ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent; quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie jus dicere solebant, sustulit.

L. 7 § 1 D. de just. et jure (1, 1) (Papinian.): Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.

---

strate festgestellt wurde, um dieselben öffentlich-rechtlich zur Verkündigung dieses so gestalteten Edikts zu verpflichten. — Vgl. M. Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen, 1884, S. 14. 15; Krüger a. a. O. S. 91. — Über die Zeit der Abfassung des Hadrianischen Edikts: Krüger S. 86; Bremer in den Göttinger Gel. Anz. 1889, S. 432 Anm.

[5] Erst seit Hadrian beginnen die Kaiser, durch ihre Reskripte merklich in die Rechtsentwickelung einzugreifen, vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 1, S. 630; Krüger, Quellen, S. 94; Bremer a. a. O. S. 430, und unten § 19 Anm. 3.

L. 8 eod. (MARCIAN.): et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

Zur Veranschaulichung des Ediktsinhaltes setze ich die Stelle des Edikts her, welche von der in integrum restitutio propter absentiam, d. h. von der Wiederaufhebung eines Rechtsnachteils handelt, den jemand infolge nicht rechtzeitiger Wahrnehmung seiner Rechte erlitten hat. L. 1 § 1 D. ex quib. caus. maj. (4, 6): Verba autem edicti talia sunt: Si cujus quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset, posteave non utendo deminutum esse[6], sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset aut quod non utendo amissum sit[6], consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur inve vinculis esset secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset sive cui per magistratus[6] sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit. — Ganz deutlich sieht man hier die nacheinander eingeschobenen Klauseln; die jüngste ist sicher die letzte, ganz allgemein lautende. Zu beachten ist, dafs als Schranke des prätorischen Ermessens ausdrücklich nur das Gesetzesrecht, nicht aber das Gewohnheitsrecht genannt ist.

Literatur:

O. Lenel, Das Edictum perpetuum (1883), eine hochbedeutende Arbeit. — Französische Übersetzung (mit Änderungen des Verfassers) von F. Peltier, 2 Bde, Paris 1901, 1903. — Eine zweite Auflage des deutschen Werkes wird 1908 erscheinen.

Bruns, Fontes juris Romani antiqui, ed. 6 (1889), S. 188 ff.

[6] Vgl. Lenel, Edictum perpetuum, S. 96.

§ 18.
Die römische Rechtswissenschaft.

Die Anfänge der römischen Jurisprudenz[1] liegen bei den pontifices, welche die sachverständigen Beiräte im Gericht des Königs, dann des Konsuls, dann des Prätors waren. Ihre Rechtswissenschaft hing mit ihrer Wissenschaft von der Religion und von der Astronomie zusammen. Sie waren die berufenen Ausleger des göttlichen Willens, auf welchen die alte Zeit die gesamte Rechtsordnung zurückführte (oben S. 22 Anm. 2). Sie kannten das Sakralrecht und den Kalender, sie wufsten, an welchen Tagen es zulässig war, Klage zu erheben (dies fasti) und an welchen Tagen nicht (dies nefasti). Infolge ihrer beratenden Mitwirkung im Gericht waren sie es, welche die Klagformeln (legis actiones) sowie die rechtsgeschäftlichen Formeln kannten, beherrschten, fortbildeten. Ihre Wissenschaft war die Wissenschaft von dem Buchstaben des Gesetzes und von der kunstgemäfsen Anwendung, Auslegung, Verwertung dieses Buchstabens für die Formen der Klage und für die Formen des Rechtsgeschäfts (interpretatio, oben § 12). Von vornherein kennzeichnet sich die römische Behandlung des Rechts durch ihre sorgfältige Pflege und infolgedessen durch ihre Beherrschung der Form, so dafs die Form nicht dient, den Gedanken zu knechten, sondern ihn zur Wirksamkeit zu bringen. Schon unter den Händen der römischen pontifices kündigen, infolge der Herausbildung von zugleich straffen und elastischen Formen des Rechtslebens, die Linien des klassischen Baustils sich an, durch welchen das römische Recht sich von dem zyklopischen Stil des älteren deutschen Rechts unterscheidet. Aber nur innerhalb des Kollegiums der pontifices ward diese Wissenschaft ausgebildet, durch Überlieferung und Unterweisung (der neu eintretenden Mitglieder) fortgepflanzt. Nur den Mitgliedern des Kollegiums

---

[1] Über die ältere römische Jurisprudenz vgl. P. Jörs, Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik (1887); F. P. Bremer, Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt (oben S. 17). Die Arbeit Bremers gibt aufser den Texten der Juristen das gesamte auf die einzelnen Schriftsteller bezügliche Material nebst anregenden Ausführungen des Verfassers.

war das Archiv der pontifices zugänglich, in welchem die Präjudizien, d. h. die älteren Gutachten (responsa, decreta) des Kollegiums aufbewahrt wurden, — die Grundlage und Richtschnur für die Praxis der Gegenwart. So war die interpretatio, welche doch die Form der Klage und des Rechtsgeschäfts im Einzelfall mafsgebend bestimmte, nicht jedermanns Sache, und erschien die pontifikale Jurisprudenz geradezu als eine dem priesterlichen Kollegium vorbehaltene Geheimwissenschaft und zugleich als ein Machtmittel des patrizischen Standes, welchem die pontifices angehörten, über die Plebejer, so dafs die Veröffentlichung der legis actiones, d. h. der Klageformeln in der von den pontifices ihnen gegebenen Gestalt, durch Flavius (304 v. Chr.) und Aelius (um 204 v. Chr.) (sogenanntes jus Flavianum, jus Aelianum) für eine grofse volkstümliche Tat geachtet wurde[2]. Eine wichtige Wendung bedeutete es daher, als der erste plebejische pontifex maximus, Tiberius Coruncanius (um 254 v. Chr.) sich bereit erklärte, jedermann über die Fragen des Rechts Auskunft zu erteilen. Schon vor ihm hatten die pontifices auf Anfrage Auskunft gegeben, aber nicht jedermann, sondern nur dem anfragenden Magistrat oder der Partei, welche an einer Rechtsfrage praktisch beteiligt war, also nur für den Einzelfall, fragmentarisch, ohne das Ganze erkennen zu lassen. Die Ankündigung des Tib. Coruncanius bedeutete, dafs jetzt auch der blofs theoretisch interessierten Anfrage Antwort gegeben werden solle, der Anfrage, welche um das Wissen vom Recht, um die Erlernung des geltenden jus civile sich bemühte. Die Rechtskenntnis sollte jedermann zugänglich werden. Damit waren die Anfänge eines öffentlichen Rechtsunterrichts und, was notwendig daraus folgen mufste, einer juristischen Literatur gegeben. Die Macht der pontifices über die Rechtspflege war gebrochen. Ihr Erbe ward vom Prätor (oben § 15) und von der Rechtswissenschaft (den prudentes) angetreten. Der soeben genannte Aelius (Sextus Aelius Paetus Catus, Konsul 198 v. Chr.), der „Schlaue“ (catus), verfafste bereits ein Werk die „Tripertita“

[2] Die öffentliche Aufstellung des Kalenders war bereits durch die Dezemvirn bewirkt. Auch die Feststellung des Stadtrechts in der Zwölftafelgesetzgebung war schon insofern eine populäre Tat, als sie zugleich eine öffentliche Feststellung des geltenden Rechts bedeutete.

(commentaria tripertita), welches, über die blofse Formelsammlung hinausgehend, einen Kommentar zu den zwölf Tafeln, zu den Geschäftsformeln, zu den Klagformeln darbot, das pontifikale jus civile, wenngleich nur in der Form erläuternder (exegetischer) Bemerkungen, zum ersten Male schriftstellerisch zur Erscheinung bringend — das erste Buch juristischen Inhalts, die „Wiege der juristischen Literatur“ [3]. Die fachmäfsige Kenntnis vom Recht trat aus den Kreisen der pontifices heraus und ward Bestandteil der nationalen Bildung [4]. Gleichzeitig übte die griechische Literatur, hier vor allem die wissenschaftliche Art der stoischen Philosophie, ihren mächtig anregenden, veredelnden Einflufs aus [5]. Die Idee ward lebendig, auch den spröden Rechtsstoff in die ihm zukommende künstlerische Form zu giefsen. Schon der jüngere M. Porcius Cato (starb 152 v. Chr.) unternahm es, allgemeine Sätze (regulae juris) zu entwickeln [6], aus dem Rohstoff der geschichtlich gegebenen Rechtssätze den Rechtsgedanken, aus dem Marmorblock die Marmorstatue zu befreien. Die Palme unter diesen „veteres“ trug der jüngere Qu. Mucius Scaevola, pontifex maximus, davon. Er schrieb um 100 v. Chr. sein grofses, langhin berühmtes Werk über das jus civile (in 18 Büchern), in welchem er als der erste das geltende Privatrecht systematisch, d. h. in sachlicher Ordnung, vortrug. Sein System ist für seine Nachfolger grundlegend geblieben. Er verliefs die überlieferte Legalordnung, welche den Worten des Gesetzes bezw. des Geschäfts-

---

[3] Pomponius in l. 2 § 38 D. 1, 2: qui liber veluti cunabula juris continet. Vgl. Jörs a. a. O. S. 104 ff.

[4] Der gleich im Text zu nennende Qu. Mucius Scaevola erklärte dem Redner Servius Sulpicius, der ihn in einer Rechtsfrage anging: turpe esse patricio et nobili et causas oranti, jus, in quo versaretur, ignorare.

[5] Über den Einflufs der griechischen Philosophie auf die römischen, insbesondere die klassischen Juristen handelt P. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht, 1902. Dazu die Besprechung von Rabel in P. Barth, Vierteljahrsschrift f. Philosophie, 1904 (Juliheft).

[6] Z. B. die „regula Catoniana“: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere, l. 1 pr. D. de reg. Caton (34, 7). Aus dieser Regel ist dann der allgemeine Grundsatz entwickelt worden: quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (l. 29 D. 50, 17).

oder Klagformulars erläuternd folgte, auch beschränkte er sich nicht mehr auf die Behandlung einzelner Rechtsfälle oder Rechtsfragen. Er ordnete sein Werk nach den Gegenständen der Rechtssätze, in welchen sie wie in einem Brennpunkte zusammentreffen. Bei ihm wurden zuerst die Rechtsinstitute (Testament, Legat, Tutel, Sozietät, Kauf, Miete usw.) sowie die Arten (genera) derselben in fest gezeichneten Umrissen sichtbar. Die Rechtsbegriffe, die Elemente, aus denen das bunte, anscheinend unübersehbare Meer der konkreten Tatbestände sich zusammensetzt, hat er zuerst herauszustellen unternommen. Daher die grofse Bedeutung und der ungeheure Erfolg seines Werkes. Jetzt erst konnte über all den Einzelheiten das Ganze des Privatrechts erblickt werden. Aus einer blofsen Kenntnis vom Rechte begann eine Wissenschaft vom Recht hervorzugehen[7].

L. 2 § 6. 7 D. de orig. jur. (1, 2) (Pomponius): Omnium tamen harum (legum XII tab.) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. — Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba ejus, libertini filius, subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum. — — augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum.

§ 35 eod.: ex omnibus qui scientiam (juris civilis) nancti sunt ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti jus civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant.

§ 41 eod.: Quintus Mucius (Scaevola), Publii filius, pontifex

---

[7] Über die Jurisprudenz des Scaevola vgl. Krüger, Gesch. d. Quellen, S. 59. 60; Burckhardt in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Bd. 9, S. 286 ff. Sein Name ist noch heute lebendig. Von ihm hat die praesumptio Muciana (unten § 94) und die cautio Muciana (unten § 112 a. E.) ihren Namen.

maximus, jus civile primus constituit generatim, in libros decem et octo redigendo.

Die vornehmste Tätigkeit eines Rechtskundigen war neben dem Kavieren, d. h. dem Entwerfen von Geschäftsformularen[8] die respondierende (Anfragen beantwortende), mit welcher die dozierende und die schriftstellerische Wirksamkeit sich verband.

Die Autorität der pontifikalen responsa alten Stils ruhte auf der Stellung des Kollegiums der pontifices welches alljährlich ein Mitglied dazu bestimmte, um die privatrechtlichen Gutachten abzugeben (constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis). Daraus ergab sich die verbindliche Kraft, welche das pontifikale Gutachten tatsächlich für die Richter besafs[9]. Seit dem Ende der Republik war zugleich mit der Verbreitung der Rechtskunde das freie Respondieren auch anderer, welche nicht zu dem priesterlichen Kollegium gehörten, aufgekommen, natürlich ein Respondieren ohne verbindliche Autorität. Das Ansehen der responsa und überhaupt der Jurisprudenz schien darunter leiden zu müssen, und doch war es unmöglich, zu der alten Monopolisierung der Rechtweisung durch die pontifices zurückzukehren. Kaiser Augustus ergriff daher einen anderen Ausweg, höchstwahrscheinlich zugleich in der Absicht, der kaiserlichen Gewalt ein neues Relief zu geben. Er verlieh bedeutenden Juristen das Recht, ihre responsa ex auctoritate ejus (principis)[10], also mit kaiserlicher Autorität zu erteilen. Augustus war überdies pontifex maximus, und so konnte seine Verordnung zu-

[8] So entwarf C. Aquilius Gallus, ein Schüler des Qu. Mucius Scaevola und Zeitgenosse Ciceros, das Formular der nach ihm benannten stipulatio Aquiliana (unten § 89 I 1) sowie eine Formel für die Erbeinsetzung gewisser postumi (der sogenannten postumi Aquiliani, unten § 113 I). Auf ihn geht auch die Aufnahme der actio doli (unten § 42 II) in das Edikt zurück. Aber, wie es scheint, hat er das nicht als Prätor (er bekleidete die Prätur gleichzeitig mit Cicero), sondern durch seinen Einfluſs als Respondent bewirkt, vgl. Mommsen, Röm. Strafr. S. 679 Anm. 2.

[9] Mit dem pontifikalen responsum galt der Prozefs als tatsächlich entschieden, wenngleich formell noch die Verkündigung des Urteils durch den Richter hinzukommen mufste, vgl. Mommsen, Römisches Staatsrecht, Bd. 2 (3. Aufl.), S. 46. 48.

[10] Wörtlich „unter Gewähr des Kaisers“, A. Pernice in den Jur. Abhandlungen, Festgabe für Beseler (Berlin 1885), S. 70.

gleich als eine Wiederbelebung und als eine Reform der alten autoritativen Rechtweisung, welche natürlich durch die freie Rechtweisung nicht aufgehoben worden war, angesehen werden. Durch Vermittlung des princeps konnte nunmehr auch ein Nicht-Pontifex autoritativ respondieren. Von diesem Augenblick an verschwindet endgültig der Einfluſs des Pontifikalkollegiums auf die Entwickelung des Zivilrechts, und der princeps im Bunde mit der laisierten Jurisprudenz tritt in den Vordergrund.

Seit Tiberius ist es festes Herkommen, daſs einzelnen hervorragenden Juristen das jus respondendi (jus publice, populo respondendi) vom Kaiser verliehen wird, d. h. das Recht, für den Richter (für den Magistrat sowohl wie für den bestellten judex privatus) verbindliche Gutachten zu erteilen. War das von der Partei vorgelegte Gutachten eines patentierten Juristen in der vorgeschriebenen Form (schriftlich und versiegelt) gegeben, so muſste der Richter danach erkennen, falls nicht von einem anderen gleichfalls privilegierten Juristen ein entgegengesetztes Gutachten vorlag. Was zunächst nur von dem Gutachten galt, welches ausdrücklich für diesen Prozeſs gegeben war, das ward dann im Wege des Herkommens auch früheren Gutachten zu teil, also denjenigen responsa, welche gegenwärtig nicht mehr in ihrer offiziellen Form (schriftlich und versiegelt), sondern lediglich in der Responsenliteratur (den Responsensammlungen) vorlagen, — ein Herkommen, welches durch ein Reskript Hadrians ausdrücklich bestätigt wurde.

Die Gutachten der privilegierten Juristen (responsa prudentium) waren zu einer Art Rechtsquelle geworden, und die Kraft der Rechtsquelle begann von den responsa auf die juristische Literatur sich zu übertragen.

L. 2 § 48. 49 D. de orig. jur. (1, 2) (Pomponius): Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat. Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant; neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex

auctoritate ejus responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit.

GAJ. Inst. I § 7: Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.

Die Macht war der römischen Jurisprudenz gegeben. Es war jetzt nur die Frage, ob sie dieselbe zu gebrauchen imstande sei[11].

Zunächst geriet die Rechtswissenschaft mit sich selber in Widerstreit. Zwei Rechtsschulen, die Sabinianer und die Prokulejaner, jene an die Autorität des C. Atejus Capito, diese an die Autorität des M. Antistius Labeo (beide zur Zeit des Augustus) sich anschliefsend, traten einander gegenüber. Ihren Namen empfingen die beiden Schulen, die eine von Massurius Sabinus (unter Tiber), welcher den Spuren des Capito folgte, die andere von Proculus (unter Nero), welcher als Haupt der Labeonischen Schule anerkannt ward. Von C. Cassius Longinus, welcher dem Sabinus nachfolgte, trägt die Schule der Sabinianer auch den Namen der Cassianer.

Was das Wesen des Schulgegensatzes ausmachte, vermögen wir nicht mehr mit Sicherheit zu erkennen. Eins scheint mit Bestimmtheit behauptet werden zu können, dafs nämlich auch die Schule der Sabinianer in hohem Grade unter der Einwirkung Labeos gestanden hat. Labeo war von den beiden grofsen Juristen der Augusteischen Epoche zweifelsohne der bedeutendere. Sein hervorragender wissenschaftlicher Einflufs ist noch heute in den zahlreichen Zitaten sichtbar, welche unser Corpus juris von ihm aufbewahrt, während der Name Capitos in der Sammlung Justinians so gut wie verschwunden ist. Labeo schuf durch zahl-

[11] Zu dem Folgenden vgl. namentlich A. Pernice, Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Bd. 1 (1873), S. 14 ff. 81 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 657 ff. 677 ff. 707 ff. 733 ff.; Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur des Röm. Rechts (1888), S. 109 ff. 126 ff.; W. Kalb, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt (1890). Kipp, Gesch. d. Quellen S. 95 ff.

reiche neue Gruppierungen, Einteilungen, Begriffsbestimmungen (so definierte er den dolus malus, den entschuldbaren Irrtum, den Begriff der Pertinenz usw.) Klarheit und festen Boden für Lehre und Rechtsanwendung. Er ist es wahrscheinlich, von dem die Einteilung aller Klagen in die zwei Klassen der actiones in rem und der actiones in personam (unten § 52) herrührt, eine Einteilung, welche noch heute für unser ganzes juristisches Denken auf dem Gebiete des Privatrechts mafsgebend ist. Wie auf dem Felde der Philologie, welches er gleichfalls beherrschte — er war ein Mann im Vollbesitz der griechischen und römischen Bildung seiner Zeit —, so war er auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft „Analogist“ [12]: er suchte und fand das Gesetzmäfsige, begrifflich Einheitliche, um das positive Recht mit der Kunst der Dialektik zu meistern. So war es ihm denn auch gegeben, die Rechtssätze, welche gewissermafsen schon in der Luft schwebten, welche bereits allgemeine Geltung und Anerkennung besafsen und doch vielleicht noch von niemand unmittelbar ausgesprochen worden waren, mit kräftiger Hand zu ergreifen und ihnen Gestalt, Ausdruck, schneidige (unter Umständen vielleicht zu schneidige, nämlich zu sehr verallgemeinernde) Form zu geben. Noch zwei Jahrhunderte später schrieb Paulus kritische Bemerkungen zu dem Werk des Labeo, in welchem dieser die „probabilia“, d. h. solche aus dem Leben herausgegriffene „gemeingültige Rechtssätze“ zusammengefafst hatte („libri pithanon“), um den noch immer auf die Praxis mächtig wirkenden Formulierungen des Meisters die zu scharfe Spitze zu nehmen und ihnen das Gewicht der Umstände des Einzelfalles, namentlich der konkreten Absicht der Parteien (das quod actum est) entgegenzuhalten. Aber wir begreifen, dafs gerade die Schneidigkeit seiner Begriffsbestimmungen und Rechtssätze die Zeitgenossen mit sich fortrifs. Die Macht, welche das Bestimmte, logisch Klare als solches ausübt, war mit ihm und sicherte ihm seinen Erfolg. Er selber scheint, ebenso wie

[12] Vgl. M. Schanz im Philologus 1883, S. 309 ff.: „Analogisten und Anomalisten im römischen Recht“; dazu Schanz im Hermes, Bd. 25 (1890), S. 53. 54. Der Verfasser gewinnt für die Charakterisierung der wissenschaftlichen Persönlichkeit Labeos glückliche Anhaltspunkte an der Art, wie Labeo philologische Fragen behandelte.

Capito, eine eigentliche Schule noch nicht gegründet zu haben. Beide erteilten Rechtsunterricht, jedoch, wie es scheint, noch in der von den Zeiten der Republik her überlieferten Weise der alten vornehmen Römer, welche öffentlich respondierten (auf Anfragen antworteten), dabei ihre Schüler zuhören liefsen und unter Umständen mit denselben disputierten, aber nur ausnahmsweise den einzelnen förmlichen Unterricht durch zusammenhängende Lehrvorträge erteilten. Die Gründung einer Schule scheint erst von Sabinus ausgegangen zu sein, welcher, wie erzählt wird, von Erteilung des Unterrichts lebte[13]. Damit drangen wahrscheinlich auch die bei den griechischen Philosophenschulen ausgebildeten Formen des Unterrichts ein, nämlich die körperschaftliche Organisation: der Lehrer war der Vorstand eines Vereins, in welchen die Schüler eintraten mit der Verpflichtung, einen Beitrag zu zahlen. Die Vorstandschaft der Schule übertrug sich durch Rechtsnachfolge von einem Lehrer auf den anderen[14]. Der Schule des Sabinus trat dann in

[13] L. 2 § 50 D. de orig. juris (1, 2) (Pomponius): huic (Sabino) nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.

[14] Dafs die griechischen Philosophenschulen in solcher Weise körperschaftlich organisiert waren, hat v. Wilamowitz-Möllendorff in seinen (mit Kiefsling herausgegebenen) Philologischen Untersuchungen, Bd. 4 (1881), S. 263 ff. gezeigt. Vgl. Diels in: Philosophische Aufsätze, Ed. Zeller gewidmet, 1887, S. 239 ff. Für die gemeinsamen Mahlzeiten der Studenten galten die von dem Lehrer (als dem Haupt der Korporation) gesetzten νόμοι συμποτικοί (der Trinkkomment), vgl. Pernice in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Bd. 7, Roman. Abt., S. 92. Auf eine ähnliche korporative Organisation der Sabinianischen und Prokulejanischen Schule deuten einmal die Beiträge, welche Sabinus sich von seinen Schülern zahlen liefs, sodann der schon von Bremer, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich (1868), S. 68 ff., betonte Umstand, dafs Pomponius (l. 2 § 51 ff. D. 1, 2) bei Aufzählung der Sabinianischen und Prokulejanischen Schulhäupter stehend von einem „successit" spricht, während er diesen Ausdruck bei Aufzählung der republikanischen Juristen vermeidet. Es liegt in jenem Ausdruck, dafs es sich bei den Sabinianern und Prokulejanern wirklich um eine Rechtsnachfolge (nämlich in die Vorstandschaft der Schule) handelte. Auch die Worte der l. 1 § 5 D. de extraord. cogn. (50, 13) (von Ulpian), wo es in Bezug auf das von dem Rechtslehrer zu empfangende Honorar heifst: honor, qui in ingressu sacramenti offerri debuit (darüber Bremer, Rechtslehrer, S. 5. 6.; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 673 Anm. 1), könnten eine Hinweisung auf solche Organisation enthalten; sacramentum

gleicher Organisation eine andere Schule, die des Proculus, gegenüber. Von den Gründern der Schule nannten die einen sich Sabinianer, die anderen Prokulejaner. Die Überlieferung führte dann den Gegensatz der beiden Schulen auf den Gegensatz der berühmten Augusteischen Juristen Capito und Labeo zurück. Es gab indessen namhafte Juristen, welche keiner von beiden Schulen angehörten, welche also lediglich in alter Weise bei einem angesehenen Juristen „gehört" hatten. Aber der Schwerpunkt der Entwickelung lag naturgemäfs, solange der Gegensatz der Schulen dauerte, in den beiden organisierten Verbänden. Der führende Geist unter diesen Schulhäuptern ward Sabinus selbst. Er gab seinen Schülern die Richtung auf die Fortbildung des römischen Rechts im Sinne der Befreiung von altrömischem Formalismus, während die Prokulejaner unter Umständen an dem Überlieferten festhielten, obgleich sie damit vielleicht dem Buchstaben, aber nicht dem Geist ihres Meisters Labeo gerecht wurden. So lehrten die Sabinianer (und ihre Meinung ist in das Corpus Juris aufgenommen), dafs der Kläger abzuweisen sei, wenn der Beklagte auch erst während des Prozesses den Kläger befriedigte (omnia judicia esse absolutoria), während die Prokulejaner daran festhielten, dafs bei den genau auf Schuld oder Nichtschuld abgestellten Klagen (den actiones stricti juris) der Beklagte schlechtweg verurteilt werden müsse, wenn er zur Zeit der Formulierung der Prozefsfrage (litis contestatio) schuldig war, ohne Rücksicht darauf, ob

wird in der lateinischen Vulgärsprache für das griechische μυστήριον gesetzt (z. B. bei den lateinischen Kirchenvätern), und die Mysterien waren Privatkorporationen, wie andererseits die Privatkorporationen den Mysterien gleichkamen, insofern sie einen religiösen Mittelpunkt hatten. Beim Eintritt in die Mysterien, wie überhaupt in die Privatkorporationen, war ein Eintrittsgeld zu entrichten. Die Äufserung Ulpians würde auch dann für unsere Frage von Interesse sein, wenn sie nur bildlich gemeint wäre und also das Honorar mit dem beim „Eintritt in die Genossenschaft" (in den „Geheimbund") zu zahlenden Beitrag nur verglichen würde. Sie würde zeigen, dafs es noch zu Ulpians Zeit nahe lag, die Schule mit einer korporativen Verbindung zusammenzustellen. — Das Für und Wider dieser Frage erörtern neuerdings A. Pernice in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 1 (6. Aufl. 1902), S. 134 Anm. 3. Kipp, Gesch. der Quellen S. 101. 102.

er etwa nach der litis contestatio bereits gezahlt hatte[15]. Das Hauptwerk, durch welches Sabinus auf die Folgezeit wirkte, waren seine libri tres juris civilis, in welchen er, vom Erbrecht ausgehend, dann zu den einzelnen Rechtsgeschäften übergehend, das Ganze des Zivilrechts in sachlicher Ordnung[16] zur Anschauung brachte und — darin Labeo ähnlich, unter dessen Einflufs er auch stand, wenngleich er in manchem gegen ihn polemisierte — eine ganze Reihe von neuen Gesichtspunkten einführte, so dafs sein Werk von nun an die Grundlage für das Studium des jus civile bildete.

Bereits im Beginn des zweiten Jahrhunderts kündigte die klassische Jurisprudenz sich an. Sie sollte den Gegensatz der beiden Schulen überwinden. Ihr Werk war die Verarbeitung

---

[15] Andere Fragen, in denen der Schulgegensatz hervortrat, sind zum Teil von weniger grundlegender Bedeutung. Meistens ist die Meinung der Sabinianer siegreich in das Corpus juris Justinians eingezogen. So der Satz von der ipso jure wirkenden Befreiungskraft der datio in solutum (Gaj. III § 168, vgl. unten § 89 I 2), von der Streichung der unmöglichen Bedingung bei letztwilligen Verfügungen (Gaj. II § 98, vgl. unten § 43 I), von dem Ipso jure-Erwerb des Vermächtnisses (Gaj. II § 195, vgl. unten § 115). In zwei wichtigen Fragen haben jedoch die Prokulejaner Erfolg gehabt. Sie unterschieden den Kauf vom Tausch (vgl. Gaj. III § 141 und unten § 82, 1) und bestimmten die Pubertät auch für Knaben nach einer festen Altersgrenze (Vollendung des 14. Lebensjahres), während die Sabinianer an dem Ursprünglichen festhielten und für Knaben die individuelle körperliche Entwickelung entscheiden lassen wollten, vgl. Gaj. I § 196 und unten § 44. In der Frage nach dem Eigentumserwerb durch Spezifikation (die Sabinianer sprachen die neue Sache dem Stoffeigentümer, die Prokulejaner dem Spezifikanten zu, Gaj. II § 79) hat Justinian sich für eine vermittelnde Meinung entschieden (unten § 64 IV), während im B.G.B. § 950 die Meinung der Prokulejaner durchgedrungen ist. Proculus scheint ferner zuerst das dare auf die zivile Eigentumsverschaffung bzw. Servitutenverschaffung beschränkt, d. h. den Begriff des dare aufgestellt zu haben, der dann von der klassischen Jurisprudenz angenommen worden ist (vgl. unten § 76); aber seine Folgerung, dafs darum der Sacheigentümer keine condictio furtiva auf dare oportere haben könne (l. 15 D. 12, 4), hat sich gegen die sabinianische, das Überlieferte bewahrende Lehre nicht durchgesetzt (unten § 83 Ib), vgl. Bekker Aktionen Bd. 1 S. 105, Trampedach in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 17 S. 98 ff., Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 58 Anm. 50.

[16] Vgl. Lenel, Sabinussystem, Strafsburger Festgabe für Jhering 1892. Mitteis Bd. 1, S. 89.

des jus civile und des bereits zum Abschlufs gelangten jus honorarium mit dem neuen Kaiserrecht zu einem einheitlichen Ganzen. Den Grund legte P. Iuventius Celsus (der Sohn), Nachfolger seines Vaters (des Iuventius Celsus, der unter Vespasian und Domitian blühte) in der Vorstandschaft der prokulejanischen Schule. Er gelangte zweimal zum Konsulat und wirkte als Geheimer Rat im consilium Hadrians, unter dessen Regierung er wahrscheinlich gestorben ist. Sein Hauptwerk sind seine Digesten (39 Bücher), in denen er das (Hadrianische) Edikt in Verbindung mit dem jus civile behandelte und von denen ein merklicher Teil (142 Stellen) in die Digesten des Corpus juris übergegangen ist. Von ihm hat das sogenannte senatusconsultum Iuventianum (unten § 114), beschlofsen unter seinem zweiten Konsulat im Jahre 129 n. Chr., und die sogenannte condictio Iuventiana (unten § 79 I a) ihren Namen. Er vertrat den Grundsatz, dafs die Rechtswissenschaft dem Geist, nicht dem Buchstaben der Gesetze nachzujagen habe[17], verschmähte es aber unter Umständen nicht, den Ausdruck dieses Gedankens mit Grobheit zu verschmelzen[18]. Ihm folgte Salvius Julianus (aus Hadrumetum im lateinischen Afrika gebürtig), einer der Ersten unter allen römischen Juristen, Haupt der Sabinianer, Geheimer Rat Hadrians, unter Antoninus Pius Konsul (148 n. Chr.) und Statthalter von Untergermanien, unter Mark Aurel Statthalter von Hispania citerior und Prokonsul von Afrika, dessen Lebenswerk einerseits die endgültige Redaktion des ediktalen Rechts (oben S. 95), andererseits die Abfassung eines grofsen Digestenwerkes (in 90 Büchern) war. Wie Celsus, legte er die Ordnung des prätorischen Edikts zugrunde, aber um an der Hand dieser Ordnung das gesamte römische Recht darzustellen. Die Macht des Werkes lag in seiner breiten Kasuistik,

---

[17] L. 17 D. 1, 3 (Celsus libro 26 digestorum): Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

[18] Berühmt ist die sogenannte responsio Celsina (non intellego quid sit, de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua) auf die quaestio Domitiana (ob der zum Schreiben des Testaments Gebetene auch als zum Zeugnis gebeten anzusehen und daher als Testamentszeuge mitzuzählen sei), vgl. l. 27 D. 28, 1. Erman in Grünhuts Zeitschr. f. das Privat- und öffentl. Recht, Bd. 31 (1904), S. 573 ff.

der geistvollen Entscheidung zahlloser Rechtsfälle, verbunden mit der Fähigkeit, an dem einzelnen Rechtsfall die allgemeine Regel zu entwickeln, welche, in knappste Spruchform gefafst, mit der Schwungkraft eines geflügelten Wortes aufsteigend, leuchtend wie ein Blitz weithin die Landschaft erhellt. Auf die Zeit der dialektischen Schulung, welche die römische Rechtswissenschaft durchlaufen hatte (Labeo, Sabinus), folgte jetzt die Verwertung der herausgearbeiteten Sätze, Kategorien, Gesichtspunkte an einem unendlichen Material. Die Vollkraft römischer Jurisprudenz ward in diesem Werke sichtbar[19]. Dem entsprach sein ungeheurer Erfolg. Eine Reihe von gleichstrebenden Freunden, Schülern, unter ihnen der herbe, gewichtige Sextus Caecilius Africanus und der belesene, gelehrte, auch für geschichtliche Forschung sich interessierende Sextus Pomponius, umgaben ihn und sicherten seinen Erfolg. Seitdem erlosch der Stern der prokulejanischen Schule. Gajus (blühte unter Antoninus Pius und Mark Aurel, starb nach 178), ein Privatgelehrter, des jus respondendi und damit amtlicher Autorität entbehrend, aber ein geborener Schriftsteller, durch sein Institutionenwerk (geschrieben um 161 n. Chr.) das Vorbild für alle künftigen Lehrbuchverfasser, ist der letzte Jurist, welcher noch den Schulgegensatz vertritt[20]. Er selbst war Sabinianer. Er spricht noch von gleichzeitigen Lehrern „der anderen Schule", also Prokulejanern. Namen derselben sind jedoch nicht mehr auf uns gekommen. Schon bei Celsus, dem Prokulejaner, erscheint der Schulgegensatz als überwunden. So oft er den Sabinus zitiert,

---

[19] Vgl. über Julian und seine Schriften H. Buhl, Salvius Julianus, 1. Teil 1886. Über seine Ämterlaufbahn Mommsen, Salvius Julianus, in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 23, S. 54 ff. Über seine Spruchweisheit Buhl, S. 108 ff.

[20] Der Name des Gajus erscheint erst im 5. Jahrhundert. Die klassischen Juristen zitieren ihn niemals. Daher das über seiner Persönlichkeit schwebende Dunkel. Manche halten ihn für einen Rechtslehrer in der Provinz (etwa in Asien), doch deutet seine Stellung als Sabinianer auf Lehrtätigkeit in Rom, vgl. Kipp Gesch. d. Quellen, S. 112 ff. Bei Abfassung seiner Institutionen legte Gajus wahrscheinlich hinsichtlich der Anordnung ein älteres zivilrechtliches Werk zugrunde, vgl. Jörs in Pauly-Wissowa Realenzykl. s. v. Domitius III, B. 11 (1903). Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 54, Anm. 34.

tritt er der Ansicht desselben bei. Die Sabinianer trugen in der Hauptsache den Sieg davon. Seit Salvius Julianus und durch ihn gab es nur noch eine Jurisprudenz, welche in den von ihm gewiesenen Bahnen wandelte.

Die eigentliche Lebensaufgabe der römischen Jurisprudenz war sichtbar geworden: die Welt des Rechtslebens entscheidend, respondierend, all den Einzelfragen nachgehend in ihrem Reichtum zu entfalten und doch, der Macht fester Grundsätze Raum schaffend, das Chaos in einen Kosmos zu verwandeln. Solch edle Kasuistik war durch die grofsen Digestenwerke des Celsus und namentlich des Julian der römischen Welt gezeigt worden. Jetzt (gegen das Ende des zweiten Jahrhunderts) zogen die geistigen Kräfte auch des griechisch redenden Orients herbei, um an dem grofsen Werke teilzunehmen und dem Reiche, welches sich bereits als eine grofse innerliche Einheit fühlte[21], nunmehr endgültig seine Reichsjurisprudenz zu schaffen. Unter Mark Aurel und Commodus schrieb Q. Cervidius Scaevola, Hellene von Geburt, dann in den Staatsrat (consilium) Mark Aurels aufgenommen, in Responsenform das römische Recht kasuistisch zur Erscheinung bringend. Seine Schüler waren Septimius Severus, der spätere Kaiser, und vor allem Aemilius Papinianus, der berühmteste und neben Julian gröfste der römischen Juristen, unter Septimius Severus und Caracalla (203—212) als praefectus praetorio nach dem Kaiser der erste Mann im Reich. Papinian, gleichfalls aus dem Orient stammend, vereinigte die ethische Kraft einer sittlich durchgebildeten Persönlichkeit mit griechischer Eleganz und römischer Knappheit und Schärfe. Auch seine Methode war die kasuistische, auf die Entscheidung einzelner Fälle gerichtete. Er brachte sie zu der höchsten Vollendung. Seine bedeutendsten Arbeiten waren 19 libri responsorum und 37 quaestionum libri (die letzteren nach der Ordnung des Edikts), eine Masse von Einzelfragen in lichtvollster Weise behandelnd, grofs in der Formulierung und zugleich in der Begrenzung der Entscheidung, hinreifsend, auch wo gar keine Gründe gegeben werden, durch den Einklang des gesetzten Rechtssatzes mit

[21] Caracalla gab dieser Tatsache Ausdruck, indem er auch den Provinzialen das römische Bürgerrecht erteilte, unten § 33.

dem scharf hervorgehobenen Kern des Tatbestandes. Aus der Wechselwirkung römischer und hellenischer Bildung entsprang in ihm die schönste Blüte römischer Jurisprudenz. Was er im Leben gelehrt und verlangt hatte, dafs nämlich das Unsittliche auch unmöglich dünken müsse[22], besiegelte er mit seinem Tode: er fiel von den Schergen Caracallas (212), weil er den brudermörderischen Plänen des Tyrannen unerschütterlichen Widerstand entgegensetzte.

Nach Papinian beginnt die Zeit der Epigonen. Die römische Jurisprudenz hatte ihr Meisterwerk vollendet. Auf die schöpferische Epoche folgte die Arbeit der Kompilatoren. Papinians Schüler Domitius Ulpianus, mit dem gleich zu nennenden Paulus Assessor des Papinian (in dessen Eigenschaft als praefectus praetorio), später, wiederum mit Paulus gemeinsam, selber praefectus praetorio (unter Alexander Severus), nach seiner Abstammung ein Syrer (aus Tyrus), fafste in seinem grofsen Kommentar zum prätorischen Edikt (83 Bücher) und in seinen 51 libri ad Sabinum sowie in einer grofsen Reihe von kleineren Arbeiten die Ergebnisse der juristischen Literatur (die in zahlreichen Zitaten wiedergegeben ist) und der ergänzend eingreifenden kaiserlichen Konstitutionen in kritischem Geist zusammen (seine meisten Werke veröffentlichte er unter Caracalla 212—217), einen mächtigen Stoff mit starker Hand meisternd[23]. Ihm stand in verwandter Tätigkeit der gleichfalls ungemein fruchtbare und neben Ulpian zu den höchsten Staatsämtern emporsteigende Jurist Julius Paulus (wahrscheinlich ein Schüler Scaevolas) zur Seite. Auch seine Hauptwerke waren ein Ediktskommentar (in 80 Büchern) und ein Kommentar ad Sabinum (in 16 Büchern). Vornehmlich durch das Mittel der Schriften des Ulpian und Paulus wirkten die Arbeiten der grofsen

---

[22] Vgl. l. 15 D. de cond. inst. (28, 7).

[23] Das sehr abfällige Urteil von A. Pernice über „Ulpian als Schriftsteller“ (Sitzungsber. d. Berliner Akad. 1885, S. 443 ff.): Ulpian habe einen verhältnismäfsig kleinen Kreis von Schriftstellern ziemlich mechanisch ausgeschrieben und arbeite hauptsächlich mit fremdem Gut, — leidet an starken Übertreibungen. Vgl. die lehrreiche Abhandlung von Jörs in Pauly und Wissowa Realenzykl. s. v. Domitius (1903) und Kipp, Gesch. d. Quellen S. 123.

Juristen von nun an auf die Folgezeit. In anschaulicher, leicht faſslicher Weise war hier die gewaltige Geistesarbeit römischer Jurisprudenz zusammengebracht worden. Die Voraussetzung für Justinians Digestenwerk war geschaffen. Der Hauch hellenischen Geistes, welcher über Ulpians Schriften lichtvoll ausgebreitet liegt, gab ihnen den Vorzug vor den mehr mit dem Stoff ringenden, wenngleich vielleicht unter Umständen tiefergreifenden Arbeiten des Paulus. Die Schriften Ulpians sind den Digesten Justinians zugrunde gelegt worden. Aus ihnen ist ein Drittel der Digesten, aus Paulus etwa ein Sechstel der Digesten entnommen worden (aus Ulpian 2462, aus Paulus 2080 Stellen), so daſs ungefähr die Hälfte des Digestenteils unseres Corpus juris den Schriften des Ulpian und Paulus ihren Ursprung schuldig ist. Nach Ulpian ist noch sein Schüler Herennius Modestinus, gleichfalls aus der griechischen Reichshälfte stammend, zur Bedeutung gelangt. Doch fand er bereits wenig zu tun übrig. Das Beamtenrecht der sich schon ankündigenden Monarchie und gewisse spitzfindige Fragen der Doktrin und Praxis waren seine sonderliche Neigung. Bald nach seiner Zeit verlor die römische Rechtswissenschaft ihre führende Stellung. Seit dem Ende des dritten Jahrhunderts ward das jus respondendi nicht mehr verliehen. Der Kaiser ward (durch das Mittel der rescripta principis, unten § 19) der einzige Respondent, und die letzte Leistung römischer Rechtswissenschaft war, die zahlreichen Reskripte Diokletians und seiner Nachfolger mit dem noch immer nicht erloschenen Geist römischer Jurisprudenz zu erfüllen[24].

Von Labeo und Sabinus bis auf Celsus und Julian (1. Jahrhundert der Kaiserzeit) hatte die römische Rechtswissenschaft eine stetig aufsteigende Entwickelung durchgemacht. Von Celsus und Julian bis auf Scaevola und Papinian (2. Jahrhundert) blühte sie in ihrer Vollkraft. Seit Ulpian und Paulus (3. Jahrhundert) begann sie unaufhaltsam zu sinken. Ihr Schatz war von nun an der Reichtum, welchen die Vergangenheit erzeugt hatte. Aber es war ein wunderbarer Schatz, dessen sie wartete, und

[24] Vgl. F. Hofmann, Kritische Studien zum römischen Rechte (1885), S. 3—35: Der Verfall der römischen Rechtswissenschaft; Krüger, Quellen, S. 274. — Doch scheint unter Diokletian die Verleihung des jus respondendi noch vorgekommen zu sein, Krüger, S. 260 Anm. 6.

welchen sie jetzt dem Kaisertum, dann den kommenden Geschlechtern überlieferte.

Die Aufgabe, welche die römische Rechtswissenschaft überkommen und nunmehr gelöst hatte, war eine doppelte gewesen: einmal die Zusammenfassung des Rechts, wie es in den mannigfaltigsten Rechtsquellen seit den Zeiten der zwölf Tafeln niedergelegt war, zu einem einheitlichen System, sodann aber die Entfaltung des reichen Inhalts, welchen diese Rechtsquellen darboten, in wissenschaftlicher Form. Die Zeit einer neuen interpretatio war herangekommen. Vor allen Dingen galt es nun die interpretatio des prätorischen Edikts, wie einst die interpretatio der zwölf Tafeln. Das prätorische Edikt hatte die Grundsätze des freien, billigen Verkehrsrechts doch nur in rohen und in einzelnen kräftigen Grundzügen entwickeln können. Wie vieles gab es hier noch zu tun! Ja, wie vieles gab es, worüber das prätorische Edikt und alle geschriebenen Rechtsquellen überhaupt keine Auskunft gaben! So etwa über die Grundsätze von der Stellvertretung, von den Bedingungen, von der kontraktlichen Diligenzpflicht, und vieles andere. Es kam hier darauf an, die Natur der Verkehrsverhältnisse, den unausgesprochenen und unbewufsten Willen des Verkehrs zu entdecken, zur Sprache zu bringen und in feste Form zu fassen, in solche Form, welche zugleich klar und bestimmt und doch weit genug war, um nicht etwa blofs für viele Fälle, sondern für alle Fälle, auch für die sonderlichen Ausnahmsfälle, das gemeinsam beherrschende Prinzip zum Ausdruck zu bringen. Es war eine Aufgabe mehr noch der Rechtserzeugung als der Rechtsanwendung. Gerade darin aber lag die Genialität der römischen Jurisprudenz. Sie hatte trotz der dialektischen Schulung und Kraft, welche ihr innewohnte, wenig dogmatische Interessen im Sinne unserer heutigen Wissenschaft. Sie dachte nicht über den Begriff des Rechts, des Eigentums oder der Schuldverbindlichkeit nach, und wenn sie darüber nachdachte, so pflegte sie es nur zu mangelhaften Ergebnissen zu bringen. Aber sie hatte ein unmittelbares Gefühl von den Folgesätzen des Eigentumsbegriffs, des Schuldbegriffs, dessen Sicherheit sie in keinem Augenblick verliefs. Vor allem hatte sie eine geniale Kraft, die Anforderungen der bona fides im Verkehr zu entdecken und auf den Einzelfall zur

Anwendung zu bringen. Was beim Kauf, bei der Miete, beim Auftrag sich von selber, auch ohne ausdrückliche Parteierklärung, kraft der Natur der Verhältnisse für alle Fälle und für den Einzelfall als Recht ergab, das wufste sie sofort, und diese Findigkeit, diese Klarheit in der Beherrschung der Kasuistik, geleitet durch ein nie versagendes Gemeingefühl, diese Fähigkeit, das Recht zum Wort zu bringen, welches dem konkreten Verhältnis gewissermafsen innewohnt: das ist es, was den Schriften der römischen Juristen ihren unvergleichlichen Reiz und dem Werke, welches sie geschaffen haben, die Unsterblichkeit gebracht hat. Es war nicht, wie man es wohl genannt hat, ein „Rechnen mit Begriffen“, was die römischen Juristen grofs gemacht hat, sondern der praktische Takt, welcher, ohne sich immer des Begriffes verstandesgemäfs bewufst zu sein, dennoch in Einklang mit demselben handelte und daher an dem Einzelfall das Gesetz, welches allen Fällen dieser Art eingeboren ist, hervorbrachte.

Dasjenige Rechtsgebiet, auf welchem die eigentümliche Begabung der römischen Juristen ihren vollen Spielraum fand, ist das Obligationenrecht, das Recht der Schuldverhältnisse, also das eigentliche Verkehrsrecht gewesen, und zwar ganz insbesondere das Recht derjenigen Verträge, bei denen nicht blofs der ausgesprochene, sondern auch der unausgesprochene Wille der Parteien gültig ist (die sogenannten bonae fidei negotia). Diesen unausgesprochenen Willen, welcher der Partei selbst im Augenblicke des Vertragschlusses in der Hauptsache unbewufst ist, haben die römischen Juristen entdeckt, und sie haben ihn für alle Zeiten entdeckt und die Gesetze, welche sich aus demselben ergeben, ausgesprochen. Diese Arbeit braucht nicht mehr wiederholt zu werden. Und sie haben diesen Gesetzen zugleich eine für alle Zeiten mustergültige Formulierung gegeben. Darum ist das Obligationenrecht, und zwar nur das Obligationenrecht, und zwar wiederum nur das Recht jener bonae fidei negotia, der eigentlich und in Wahrheit unsterbliche Teil des römischen Rechts. Alle anderen Teile des römischen Privatrechts sind niemals wieder zu voller, unbeschränkter Herrschaft gelangt, und alle anderen Teile des römischen Privatrechts sind heute durch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch auch formell für uns beseitigt worden. Aber das römische

Obligationenrecht wird inhaltlich bleiben. Es kann nicht gänzlich abgeschafft werden. Der Wille des Käufers, Mieters usw. ist zu allen Zeiten der gleiche, und diesen Willen lediglich hat das römische Recht zur Klarheit gebracht. Hier mufs unsere Gesetzgebung, mag sie auch das römische Recht aufheben, doch inhaltlich in der Hauptsache eine Wiederholung desselben sein.

Die Fähigkeit zu dieser Leistung, welche dem römischen Recht die unvergängliche welterobernde Kraft gab, war den römischen Juristen gerade durch die Art ihrer Tätigkeit gegeben. Der Schwerpunkt ihrer ganzen Wissenschaft lag immer in der Kunst, zu respondieren, d. h. in der Behandlung des Einzelfalls. In unmittelbarer Fühlung mit dem Leben erwuchs die römische Rechtswissenschaft, überschüttet mit einer Menge von Einzelfällen, und doch imstande, jedem Fall das Recht zu geben, welches mit ihm geboren war, ein Recht, zugleich abstrakt und doch dem einzelnen gerecht werdend, elastisch und doch stark und fest genug, um das ungeheure Gebiet des Verkehrslebens mit siegender Sicherheit zu beherrschen.

Das prätorische Recht hatte dem jus gentium die Gasse geschaffen, durch welche es breiten Stromes in das römische Recht eindrang. Erst die römische Rechtswissenschaft aber gab dem jus gentium, dem an sich so unfafsbaren, beweglichen, freien Verkehrsrecht die Fafsbarkeit, die Durchsichtigkeit, zugleich die nötige Gebundenheit, welche die Grundsätze der bone fides in der Gestalt, wie sie von den römischen Juristen ergriffen waren, lebensfähig machte für alle Zeiten.

Das eigentliche Werk der römischen Rechtsentwickelung war damit vollendet. Die innere Rechtsvernunft der Verkehrsverhältnisse war in den Schriften der römischen Juristen in klassischer Schönheit sichtbar geworden. Es fehlte nur noch, die letzte Hand anzulegen. Dies war der kaiserlichen Gewalt vorbehalten.

L. 2 § 47 D. de O. J. (1, 2) (Pomponius): Maximae auctoritatis fuerunt Atejus Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. Ex his Atejus consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum

studiis operam dedit, et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret; itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Atejus Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.

Das erste Buch, welches in wissenschaftlicher Art die Wiederherstellung der römischen Juristenschriften, insbesondere aus dem in Justinians Digesten überlieferten Stoff, ins Werk gesetzt hat, ist: Otto Lenel, Palingenesia juris civilis, 2 voll. 1889 (oben S. 17), — eine in vielfacher Hinsicht grundlegende Leistung. Für die vorhadrianischen Juristen ist Bremers Arbeit (oben S. 99 Anm. 1) zu vergleichen.

§ 19.

Das republikanische Kaisertum und die kaiserliche Rechtsprechung.

Die kaiserliche Gewalt hat zwei Stufen der Entwickelung durchschritten. Auf der ersten Stufe ist sie die Gewalt eines „ersten Bürgers" der Republik (Prinzipat)[1], auf der zweiten Stufe (seit Diokletian und Konstantin) ist sie monarchische Gewalt. Diese Entwickelung spiegelt sich in der Rechtsgeschichte wieder. Der princeps der ersten Epoche ist ohne gesetzgebende Gewalt, der kaiserliche Monarch aber des vierten Jahrhunderts und der Folgezeit hat die gesetzgebende Gewalt. Zur Zeit des Prinzipats greift der Kaiser nur nebenher und ergänzend in die Rechtsentwickelung ein, zur Zeit der Monarchie aber übernimmt die kaiserliche Gesetzgebungsgewalt ausschliefslich die Führung des Rechtslebens.

[1] Der princeps ist als solcher Privatmann, aber ausgezeichnet durch lebenslängliche tribunicia potestas, wodurch ihm in Rom die entscheidende Regierungsgewalt, und durch lebenslängliches imperium, wodurch ihm im Reich der höchste Heerbefehl gegeben ist, vgl. A. Nissen, Beiträge zum röm. Staatsrecht (1885), S. 209 ff. Teilweise anders Mommsen, Staatsr., Bd. 2 (3. Aufl.), S. 745 ff., welcher die Gewalt des princeps grundsätzlich als magistratische Gewalt fafst.

In der ersten Epoche (bis etwa 300 n. Chr.) wirkt der princeps auf die Fortbildung des Rechts ein durch seine Entscheidung des Einzelfalls (decretum, interlocutio), durch sein Gutachten über den Einzelfall (rescriptum), durch seine Beamteninstruktionen (mandata), durch seine öffentlichen Verordnungen (edicta)[2].

Dekrete und Reskripte sind in ihrem Wesen gleichartig. Sie erscheinen als Mittel der authentischen Interpretation. Der Kaiser legt das Gesetz aus, indem er es auf den Einzelfall anwendet. Das Reskript (vgl. unten § 57, Anm. 2) wird auf die Anfrage (sei es eines Magistrats, sei es, was weitaus die Regel bildet, einer Partei) entweder in einem selbständigen Antwortschreiben (epistola) oder in Form einer auf das Anfrageschreiben gesetzten Antwortnotiz (subscriptio) erteilt. Die Entscheidung des Einzelfalles erlangt allgemeine, gesetzesähnliche Geltung (legis vicem) und damit die Kraft authentischer (gesetzesgleicher) Interpretation, wenn der kaiserliche Bescheid öffentlich bekannt gemacht („proponiert") worden ist. Solche Dekrete und Reskripte sind in ihrer Geltung von der Lebensdauer des Kaisers unabhängig, ebenso wie die ähnlich wirkenden responsa prudentium (§ 18). Die authentische Interpretation teilt die Rechtskraft des interpretierten Rechts[3].

[2] Vgl. Kipp, Gesch. d. Quellen, S. 59 ff.

[3] Beispiele: das decretum divi Marci über die Selbsthilfe l. 7 D. ad leg. Juliam de vi privata (48, 7); die epistola divi Hadriani über das beneficium divisionis für mehrere Mitbürgen § 4 I. de fidejuss. (3, 20), l. 26 D. eod. (46, 1). — Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 2 (3. Aufl.), S. 911 ff.; Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen (1884), S. 132 ff.; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 646 ff.; Krüger, Geschichte der Quellen, S. 93 ff. — Erst seit Hadrian, dessen Regierung überhaupt einen merklichen Fortschritt von dem Prinzipat älteren Stils zur späteren Monarchie bedeutet (vgl. Bremer in den Göttinger Gel. Anz. 1889, S. 429 ff.), wird es üblich, kaiserliche Reskripte zu „proponieren" und dadurch mit gesetzesähnlicher Kraft zu bekleiden. Seit Severus geschieht die Veröffentlichung von Reskripten in gröfserem Mafsstabe. Unter Diokletian erfolgt sie massenhaft, um dann seit Konstantin durch die Kaisergesetzgebung abgelöst zu werden (unten § 20). Nur die proponierten Reskripte sind als Rechtsquelle wirksam geworden und in die juristische Literatur übergegangen. Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Rom. Abt., Bd. 12, S. 251 ff., Bd. 22, S. 142. Ein Beispiel die Proposition des Reskripts des

Die Mandate des Kaisers an seine Beamtenschaft wurden tatsächlich Rechtsquelle, sofern einzelne Teile derselben (capita ex mandatis) stehend in sämtlichen Beamteninstruktionen wiederkehrten[4]. Die kaiserlichen Edikte endlich gingen aus dem Recht der öffentlichen Verfügung hervor, welches dem Kaiser gleich den Magistraten zustand: durch seine Edikte über Privatrechtsfragen machte er die Grundsätze bekannt, nach welchen er in solchen Fällen seine kaiserliche Gewalt zu handhaben beabsichtigte[5]. Edikte und Mandate galten grundsätzlich nur für die Lebenszeit des edizierenden bzw. mandierenden Kaisers und bedurften zu ihrer ferneren Gültigkeit der Wiederholung durch den Nachfolger[6].

Die Jurisprudenz faſste alle diese Machtäuſserungen der kaiserlichen Gewalt auf das Rechtsleben unter dem Namen der constitutiones zusammen und schrieb ihnen (soweit die Voraussetzungen dauernder Gültigkeit erfüllt waren, was nach dem vorigen für Edikte und Mandate sich nicht von selbst verstand) gesetzesähnliche Kraft zu. Die regelmäſsige Form des eigentlichen Gesetzes war aber in dieser Epoche nicht die kaiserliche Verfügung, auch nicht mehr das Volksgesetz, (welches nur noch ausnahmsweise und nur in den Anfängen der Epoche vorkam), sondern das Senatuskonsult. Zur Zeit der Republik besaſs der Senat nur die Befugnis, die Ausführung der Gesetze durch autoritäre Auslegung derselben zu regeln. Er gab seit Ende der Republik den Jurisdiktionsmagistraten verbindliche Anweisung über die Handhabung ihrer Rechtsprechung (ein Beispiel aus dem Beginn der Kaiserzeit das SC. Vellejanum

---

Severus betreffend die longi temporis praescriptio v. J. 199 in Alexandrien, vgl. Mitteis bei Preisigke, Griechische Papyrus d. Universitätsbibliothek in Straſsburg i. E.. Bd. 1 (1906) S. 85.

[4] Beispiel das caput ex mandatis zu gunsten der Militärtestamente, welches seit Trajan ständig ward, l. 1 pr. D. de testam. militis (29, 1): ut quoquo modo testati fuissent commilitones, rata esset eorum voluntas.

[5] Beispiel l. 4 D. ne de statu defunct. (40, 15): Divus Nerva edicto vetuit, post quinquennium mortis cujusque de statu quaeri.

[6] Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 2 (3. Aufl.), S. 905. 913–915; Wlassak, Kritische Studien, S. 166 ff. Die Edikte wurden daher von den Kaisern nur ausnahmsweise gebraucht, um zur Dauer bestimmte Rechtssatzungen einzuführen.

v. J. 46 n. Chr., unten § 53 Anm. 8) und übte damit tatsächlich eine Macht über die Rechtsordnung, die dann in der Kaiserzeit, wenngleich das zuerst nicht ohne Anfechtung blieb (Gaj. 1, 4), zu förmlicher, jus civile erzeugender Gesetzgebungsgewalt erstarkte[7]. Der Beschlufs des Senats galt nunmehr als Ersatz des Volksbeschlusses. Der princeps hat das Recht, mit dem Senat zu verhandeln und durch seinen Antrag (oratio) einen Beschlufs des Senats herbeizuführen (seit Hadrian übt nur der princeps die Befugnis, im Senat Gesetzesanträge zu stellen). Wie sehr sich aber im Laufe der Epoche das Zustimmungsrecht des Senats zu einem kaiserlichen Antrag in eine blofse Form verwandelte, zeigt die Tatsache, dafs es später üblich werden konnte, anstatt des Senatsbeschlusses lediglich die oratio, also den Antrag des Kaisers, zu zitieren[8].

Gaj. Inst. I § 4: Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit, idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum. § 5: Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit, nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

L. 1 § 1 D. de const. princ. (1, 4) (Ulpian): Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt, quas vulgo constitutiones appellamus.

Dekrete und Reskripte sind das vornehmste Mittel gewesen, durch welches das „republikanische" Kaisertum auf die Fortbildung des römischen Rechts gewirkt hat. Dekrete und Reskripte bedeuten die Formen der kaiserlichen Rechtsprechung über einen Einzelfall. Dem Prätor war seit der Abschliefsung des Edikts durch Hadrian (§ 17) die fernere freie Rechtsschöpfung genommen worden. An seine Stelle trat der Kaiser ein, und auch dem Kaiser diente in dieser Zeit, da er von Rechts wegen noch der Gesetzgebungsgewalt entbehrte, als das Werkzeug für die Führung der Rechtsentwickelung an erster Stelle die Handhabung

[7] Vgl. Kipp, Gesch. d. Quellen S. 53—55.

[8] Beispiel die oratio divi Severi über das Mündelgut, l. 1 D. de reb. eor. (27, 9). Karlowa a. a. O. S. 643 ff.; Krüger a. a. O. S. 83 ff. — Wie das Volksgesetz, so galt auch das Senatuskonsult nur für die römische Bürgerschaft; Wlassak, Röm. Prozefsgesetze, Bd. 2, S. 173 ff.

seiner Gerichtsgewalt (jurisdictio), die freie Rechtsprechung obrigkeitlicher Art.

Aber die kaiserliche Rechtsprechung bewegte sich in anderen Formen als die prätorische. Infolgedessen sind denn auch ihre Wirkungen neuer Art gewesen.

Der Kaiser verfuhr in allen an ihn gelangenden Rechtssachen extra ordinem, d. h. im Verwaltungswege (ohne Übertragung der Entscheidung an ein Geschworenengericht und folgeweise ohne formula, vgl. unten § 57). Er entschied selber durch seinen magistratischen „Machtspruch“ (decretum), oder er „delegierte“ einen Vertreter, der an des Kaisers Statt (oft nach der genauen Weisung eines kaiserlichen rescriptum) die Sache zu erledigen hatte. Immer war das Verfahren extra ordinem (der sogenannte Kognitionsprozeſs) ein Verfahren nach freiem Ermessen. Gerade dadurch waren die Dekrete und Reskripte des Kaisers imstande, ein Mittel der Rechtsfortbildung zu sein. Als Rechtsprechung, Rechtsanwendnng, ja, als Auslegung des geltenden Rechts führen sie sich ein (oben S. 119), aber die kaiserliche Auslegung war freie Auslegung, noch freier womöglich als die wenigstens an den Buchstaben gebundene alte interpretatio (oben S. 62): sie war eine Auslegung mit unbeschränkter Kraft der Neuschöpfung.

Die kaiserliche Rechtsprechung bildete das Kompensationsrecht und das Testamentsrecht fort (vgl. unten § 89. 112). Sie trat ein, um den Sklaven gegen grundlose Tötung sowie gegen Miſshandlungen seitens seines Herrn (unten § 32), die verheiratete Tochter gegen Trennung ihrer Ehe durch den väterlichen Gewalthaber (§ 93, Anm. 2), das Hauskind gegen Miſshandlung durch den Vater (l. 5 D. 37, 12) zu schützen.

Ja, die kaiserliche Rechtsprechung hat Einrichtungen das Leben geben können, die dem bisherigen Recht völlig unbekannt gewesen waren. An erster Stelle ist das Fideikommiſs zu nennen. Bis auf Augustus gab es nach römischem Recht ein Vermächtnis nur in der gebundenen, feierlichen Rechtsform des Legats (vgl. § 115). Kaiser Augustus führte den Satz in die Rechtsprechung ein, daſs auch die gänzlich formlose Bitte des Testators, der von ihm Bedachte möge seinerseits einen anderen bedenken (fideicommissum), rechtlich verbindlich sei. Solche

Rechtsprechung zu handhaben, trug er den Konsuln auf; seit Titus ward ein besonderer praetor fideicommissarius eingesetzt, der als Delegierter des Kaisers extra ordinem über solche Fälle richtete, während in den Provinzen die Statthalter gleichen Auftrag empfingen[9]. Auf diese Weise ist das Recht der Fideikommisse (der formlosen Vermächtnisse) entstanden, welches in seiner Fortentwickelung das ganze römische Vermächtnisrecht, ja (in seiner Gestalt als Universalfideikommiſs) das ganze römische Erbrecht alter Art aus den Angeln gehoben hat (unten § 117). Auch auf dem Gebiet des Obligationenrechts ist die kaiserliche Rechtsprechung reformatorisch vorgegangen. Sie hat das Rechtsgeschäft der Zession, d. h. der Forderungsabtretung geschaffen. Nach römischem Zivilrecht war die Forderung unübertragbar. Im Zusammenhang mit ältesten Rechtsanschauungen (die Schuldhaftung der Urzeit war Haftung mit dem Leibe) ward die Obligation nach Art eines personenrechtlichen und darum nicht veräuſserlichen Rechtsverhältnisses behandelt. Die vom Kaisertum geschaffene Zession (Veräuſserungsmöglichkeit) bedeutete die Vollendung der Entwickelung des Forderungsrechts; aus einem unverfügbaren war es zu einem verfügbaren Recht und damit (vgl. unten § 29) zu einem echten Vermögensrecht geworden. Das nähere unten § 87. Neben dem Fideikommiſs und der Zession mag die Einführung eines Rechtsanspruches auf Honorar als Neuschöpfung der kaiserlichen extraordinären Rechtsprechung genannt werden. Das römische Zivilrecht gab eine Klage nur auf den Mietpreis für Dienste niederer Art (operae illiberales). Der Anspruch auf Honorar für „liberale“ Arbeit ist erst durch die Kaiser extra ordinem mit Rechtsschutz bekleidet worden. Das römische Zivilrecht miſsachtete den Erwerb durch Arbeit. Der Dienstvertrag der Gegenwart (B.G.B. § 611 ff.), der den Erwerb durch liberale Dienste gerade so schützt, wie jeden anderen, der überhaupt den Gegensatz von Sklavenarbeit und Freienarbeit nicht mehr kennt (jede ehrliche Arbeit ist des freien Mannes würdig), hat zuerst durch das Mittel der kaiserlichen jurisdictio rechtliche Anerkennung gefunden.

---

[9] Vgl. Wlassak, Kritische Studien, S. 164 ff., unten § 115, II.

L. 1 pr. § 1 D. de variis et extraord. cognit. (50,13) (ULPIAN.): Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. — Medicorum quoque eadem causa est quae professorum — et ideo his quoque extra ordinem jus dici debet. — —

Vgl. l. 7 D. mandati (17, 1). L. 1 C. mandati (4, 35).

Das so vom Kaiser geschaffene neue Recht pafste genau weder unter den alten Begriff des jus civile noch unter den des jus honorarium. Es entsprang keiner zivilrechtlich anerkannten Rechtsquelle; es war andererseits (im Gegensatz zum jus honorarium) weder auf eine im voraus bestimmte Amtsdauer, noch auf einen bestimmten Jurisdiktionssprengel beschränkt. Es war etwas Neues, Drittes, in Wahrheit den alten Rahmen Sprengendes. Am nächsten aber war ihm das alte jus honorarium verwandt. Dem prätorischen folgte nunmehr ein gleichfalls im Wege magistratischer Jurisdiktionsgewalt geschaffenes kaiserliches Recht nach, ein Amtsrecht neuer Art, nach Art der werdenden Monarchie[10].

Die vornehmste Bedeutung des Kaiserrechts aber lag nicht in den Einzelschöpfungen, die es hervorbrachte, sondern in der Umgestaltung der Grundgedanken des gesamten Rechtslebens.

In der Kaiserzeit geht eine ununterbrochene Ausbreitung der Geltung des Römerrechts vor sich. Das neue Recht der Kaiserzeit, das Recht der Senatuskonsulte und der Kaiserkonstitutionen macht bereits für die Regel keinen Unterschied mehr zwischen Bürgern und Nichtbürgern[11]. Das Kaiserrecht (auch hierin dem Amtsrecht des Prätors gleich) will Weltrecht sein. Aber nicht blofs das Kaiserrecht, sondern das gesamte römische Recht übertrug sich auf immer weitere Kreise. Das hing mit dem steten Wachstum der römischen Bürgerschaft zusammen. Seit Cäsar beginnt die Verleihung des Bürgerrechts (bezw. des latinischen Rechts) in grofsem Mafsstabe: an einzelne,

[10] Vgl. Wlassak, Kritische Studien, S. 51 ff. 153 ff. Dazu Wlassak, Römische Prozefsgesetze, Bd. 1 (1888), S. 219. 220 in der Anm. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 39 Anm. 1.

[11] Mitteis a. a. O. S. 69.

an ganze Gemeinden. Vespasian gab latinische Freiheit (der Latiner lebte nach römischem Privatrecht, unten § 33) an ganz Spanien. Caracalla tat im Jahre 212 den letzten Schritt, indem er allen Gemeinden (allen freien Gemeindebürgern) das römische Bürgerrecht verlieh (lex Antoniniana). Das römische Recht, bis dahin immer noch nur das Stadtrecht einer einzelnen Bürgergemeinde, ward Reichsrecht: die römische Bürgergemeinde war zur Weltgemeinde geworden. Allem anderen Recht, auch dem im hellenistischen Osten noch lebenskräftig blühenden griechischen Recht ward durch das Privileg Caracallas das Todesurteil gesprochen [12]. Ein Kaiser, ein Reich, ein Recht. Das römische Recht ward in der Hand des Kaisertums das Mittel zur Schaffung der Rechtseinheit für das ungeheure Reich, ein Werkzeug für die Aufrichtung des ehernen Felsens der Kaisermacht.

Für das werdende kaiserliche Reichsrecht hatte der überlieferte Gegensatz des prätorischen und des zivilen Rechts keinen Sinn mehr. Das Gebiet der kaiserlichen jurisdictio ward im Lauf der Kaiserzeit ein immer gröfseres. Kaiserlich war nicht blofs die Rechtsprechung, welche der Kaiser selbst übte, sondern ebenso die Rechtsprechung seiner Delegaten (z. B. des praetor fideicommissarius, oben S. 123). Auch der Delegierte des Kaisers verfuhr extra ordinem mit eigner Entscheidung, ohne Geschworene und ohne formula. Die Reichsbeamten aber sind in stetig steigendem Mafse zu Delegierten des Kaisertums, sie sind damit zugleich aus Magistraten der Republik in Beamte der kaiserlichen Monarchie verwandelt worden. Unter Diokletian ist der bureaukratisch verfafste Beamtenstaat da. Alle Rechtsprechung wird kaiserliche Rechtsprechung extra ordinem (vgl. unten § 57).

---

[12] Die Durchführung des römischen Rechts in den Provinzen bot erhebliche Schwierigkeiten. So mufste z. B. das römische Testament in lateinischer Sprache errichtet werden. Schon um 230 aber hat Alexander Severus der griechisch redenden Bevölkerung des Reichs gestattet, im Testament die griechische Sprache zu gebrauchen, Mitteis, Aus den griechischen Papyrusurkunden, 1900, S. 21, 43. Naturgemäfs ist die Unterdrückung des griechischen Rechts nur teilweise gelungen. Vgl. unten § 20 a. E.

Die Rechtsprechung extra ordinem aber läfst den alten Gegensatz von jus civile und jus honorarium verschwinden. Alles Recht wird kraft des kaiserlichen Willens gehandhabt, ohne Rücksicht auf seinen formalen Ursprung. Der Gegensatz von jus civile und jus honorarium war praktisch bisher namentlich dadurch von Bedeutung gewesen, dafs der urteilende Geschworene (judex) das jus honorarium nicht von Amts wegen (denn das honorarische „Recht“ war kein Recht im Rechtssinn), sondern nur auf ausdrückliche Weisung des Magistrats (in der formula) zu berücksichtigen verpflichtet war. War eine exceptio (ein prätorischer Verteidigungsgrund) in die formula nicht aufgenommen worden, so war die Berücksichtigung dieses Umstandes ausgeschlossen (vgl. unten § 53 II). Das war jetzt alles anders. Eine formula alter Art gab es im Kognitionsprozefs nicht mehr. Das prätorische Recht ward durch den Kaiser und seine Beamten geradeso gehandhabt wie das jus civile (unter Vorrang des jus honorarium). Das jus honorarium wirkte jetzt schlechtweg als das neue Recht, welches das alte jus civile beseitigte. Schon hatten die römischen Juristen in ihren Schriften aus dem „doppelten“ Recht der alten Zeit ein neues einiges römisches Recht herausgearbeitet. In der Sphäre des kaiserlichen Kognitionsverfahrens verschwand vollends der alte formale Gegensatz. Immer noch ward in der Idee (bis hin zum Corpus juris) die Unterscheidung zwischen dem jure geltenden Zivilrecht und dem nur tuitione praetoris wirksamen Amtsrecht festgehalten. Aber die Unterscheidung hatte, soweit die kaiserliche Rechtsprechung reichte, in der Hauptsache einen lediglich theoretischen Wert. Mit der formula war die Vollkraft des jus honorarium aufgekommen (oben S. 88): mit dem Schwinden der formula ging die Eigenart des jus honorarium, überhaupt die Eigenart des „doppelten Rechts“ zu Grunde.

Es kam die Zeit heran, um wie den Gegensatz von römischem und griechischem Recht so auch den Gegensatz von jus civile und jus honorarium, das letzte Erbstück der republikanischen Verfassung, für das Reichsrecht der Weltmonarchie zu beseitigen.

§ 20.
Das monarchische Kaisertum und die kaiserliche Gesetzgebung.

Mit Diokletian eröffnet sich die zweite Epoche der Kaiserzeit (seit 300).

Die Entwickelungsfähigkeit des prätorischen Edikts war seit Hadrian, die selbständige Kraft der römischen Rechtswissenschaft seit dem Schlufs des dritten Jahrhunderts erloschen. Mit dem Ausgang des dritten Jahrhunderts tritt die jetzt monarchisch gewordene Kaisergewalt ihre Alleinherrschaft auch für die Rechtsentwickelung an. Das Kaisergesetz übernimmt die Führung des Rechtslebens.

Das Kaisergesetz ist aus dem Antrag an den Senat (oratio, oben S. 121) hervorgegangen, aber die Form der Mitteilung an den Senat ist abgestreift. Die Senatsgesetzgebung ist durch die Kaisergesetzgebung beseitigt. Das Kaisergesetz ist eine unmittelbar an die Allgemeinheit bekanntgegebene oratio. Daher seine Bezeichnung als edictum oder lex generalis.

In der älteren Kaiserzeit hatten das Reskript und das Dekret die Stelle der Gesetzgebung vertreten. Der Bescheid, der einem einzelnen gegeben war, erlangte durch öffentliche Bekanntmachung allgemeine Geltung (S. 119). Die Zahl der veröffentlichten Reskripte war unaufhörlich gewachsen. Von Diokletian besitzen wir noch 1000 Reskripte solcher Art. Diokletian ist der letzte Kaiser, der seine Gesetzgebungsgewalt in dieser älteren Form geübt hat. Seit Konstantin verschwindet das Reskript aus der Zahl der Rechtsquellen. Es ward noch immer reskribiert, aber der kaiserliche Bescheid ward nur den Beteiligten kundgegeben. Was für den Einzelfall bestimmt war, sollte nur für diesen Einzelfall gelten. Der Kaiser trennte seine gesetzgebende von seiner rechtsprechenden (gutachtenden, urteilenden) Gewalt. Die kaiserliche Gelegenheitsgesetzgebung in Form veröffentlichter Kaiserbriefe (Reskripte) verschwindet. Nur was für die Allgemeinheit erwogen ist, soll für die Allgemeinheit verbindliches Gesetz sein. Nicht das zufällige Bedürfnis des Einzelfalls, sondern das Gemeinbedürfnis des Reichs soll den Gang der Gesetzgebung bestimmen. Der Kaiserbescheid für den

Einzelfall (Reskript, Dekret) zieht sich in seine natürlichen Grenzen zurück. Das Kaisergesetz befreit sich von der Form des Kaiserbescheides[1]. Die monarchische Gesetzgebung modernen Stils beginnt zum Bewufstsein ihrer selbst und ihrer Bedingungen zu gelangen.

L. 1 C. de leg. (1, 14) (Constantin.): Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

L. 12 § 3 eod. (Justinian.): In praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet.

L. 11 C. Th. de rescr. (2, 2) (Arcadius et Honorius): Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa dicebantur

Die Aufgabe, welche die nunmehr in den Vordergrund tretende kaiserliche Gesetzgebung zu lösen hatte, war eine zweifache: einmal die Vollendung der römischen Rechtsentwickelung, sodann die Einsammlung ihrer Ergebnisse.

Die Vollendung der römischen Rechtsentwickelung bedeutete die endgültige Abschleifung des jus civile durch das jus gentium und andererseits die endgültige Aufhebung des Gegensatzes von jus civile und jus honorarium. Beide Aufgaben sind durch eine Reihe von Einzelerlassen, nicht durch eine plötzlich vorgehende Kodifikation gelöst worden. Auch die kaiserliche Gewalt zeigt dieselbe konservative, schonende, vorsichtig eingreifende Art, welche der römischen Rechtsgeschichte überhaupt eigen ist. Von Diokletian und Konstantin bis auf Justinian, also während eines Zeitraumes von mehr als zwei Jahrhunderten, haben die Kaiser nacheinander an dem altüberlieferten Recht (jus vetus) geglättet, gefeilt, bis die völlige Einheit und Harmonie da war. Die Mehrzahl der in das Privatrecht tiefer ein-

[1] Vgl. zu dem obigen Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Rom. Abt., Bd. 12, S. 258 ff. 263. 264. Kipp, Gesch. d. Quellen S. 70 ff. Die blofs persönlich geltende, den Gegensatz der lex generalis bildende kaiserliche Verfügung in Sachen einzelner Personen oder Körperschaften heifst seit dem Anfang des 5. Jahrhunderts pragmaticum rescriptum, pragmatica sanctio, auch blofs pragmatica („Gelegenheitsverfügung"), vgl. Mommsen in derselben Zeitschr. Bd. 25, S. 51 ff.

greifenden endgültigen Reformen ist erst durch Justinian vollzogen worden, welcher (und nicht blofs durch die Beihilfe seiner Räte) als der letzte Kaiser arbeitete, der des römischen Rechtes mächtig war. Ein Teil seiner Reformen ward sogar erst nach der Vollendung des Corpus juris durch seine Novellengesetzgebung ins Werk gesetzt (so auf dem Gebiet des Erbrechts). Bis zum Corpus juris galten noch immer die zwölf Tafeln als die formelle Grundlage des gesamten römischen Rechts. Bis zum Corpus juris bestand noch immer formell der Gegensatz von jus civile und jus honorarium. Im Corpus juris Justinians erst ward die Summe der Entwickelung gezogen, welche einst mit den zwölf Tafeln begonnen hatte, und an die Stelle des Zwölftafelgesetzes mit allem, was ihm nachgefolgt war, trat das grofse kaiserliche Gesetzbuch Justinians. Formell verhalf es dem jus civile zur Alleinherrschaft, weil die Kaisergesetzgebung eine zivilrechtlich wirksame Quelle bedeutete; aber sachlich hatte das mit dem jus gentium verbündete jus honorarium auf der ganzen Linie den Sieg davongetragen.

Durch Caracalla war das römische Bürgerrecht allen Reichsbürgern verliehen worden (oben S. 125). Der Gedanke war immer noch, dafs das römische Recht nur für die Bürger der römischen Stadtgemeinde gelte. Um das römische Recht auf das Reich zu erstrecken, mufsten die Reichsbürger in Bürger von Rom verwandelt werden. Aber diese neue römische Bürgerschaft war die Bürgerschaft des orbis terrarum. Es gab nur noch eine Nationalität im römischen Reich, die römische, und diese Nation war mit der Menschheit, auf welcher die Kultur des Altertums beruhte, gleichbedeutend. Der Form nach siegte die römische Nationalität über das hellenische Volkstum und das römische Recht über das hellenische Recht des griechisch redenden Ostens. Aber gerade durch die Romanisierung der Hellenen ist die Hellenisierung des römischen Reiches und des römischen Rechts gefördert worden. Das griechische Recht war in dem weiten Umkreise der hellenischen Kultur zu reicher Entwickelung und zugleich zu machtvoller Einheit aufgewachsen. Mit den Papyrusurkunden, deren rechtsgeschichtlicher Wert täglich mehr gewürdigt wird, ist neuerdings vor unseren Augen aus ägyptischem Wüstensande griechisches Rechtsleben der

Kaiserzeit farbenfrisch aufs neue zum Licht emporgestiegen, überraschend durch schöpferische Kraft und Fülle seines Inhalts[2]. Es war selbstverständlich, dafs ein so hoch entwickeltes Recht nicht durch einen Federzug Caracallas beseitigt werden konnte. In der Übung der Massen behauptete sich griechisches Volksrecht trotz dem römischen Reichsrecht[3]. Noch mehr. Gerade

[2] Um die Verwertung der Papyrusforschung für die Rechtsgeschichte des römischen Reichs hat sich die gröfsten Verdienste erworben Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs (1891), Mitteis, Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig, Bd. 1, 1906. Die Berliner Sammlung (B.G.U.) ist publiziert in: Ägyptische Urkunden aus den Kgl. Museen zu Berlin, Griechische Urkunden, 4 Bde., 1895 ff. Vgl. ferner den geistvollen Vortrag von Mitteis: Aus den griechischen Papyrusurkunden (1900), Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde (1900), Wenger, Papyrusforschung und Rechtswissenschaft (1903), J. Pfaff, die Bedeutung der Papyrusforschung für das römische Recht (Jurist. Vierteljahrsschrift, Jahrg. 22, Wien 1906) und das seit 1900 von Wilcken herausgegebene Archiv für Papyrusforschung. — Von besonderem Interesse ist einerseits der Gebrauch von exekutivischen Urkunden im griechischen Rechtsleben, andererseits die zunächst für Ägypten nachgewiesene Einrichtung eines öffentlichen Bücherwesens zugleich für die Zwecke der Steuererhebung und als Mittel zur grundbuchmäfsigen Gestaltung des liegenschaftlichen Verkehrs: Mitteis im Archiv für Papyrusforschung, Bd. 1 (1900), S. 183 ff. Spiegelberg: Die demotischen Papyrus der Strafsburger Bibliothek (1902), S. 10.

[3] Das hat Mitteis in seiner Schrift über Reichsrecht und Volksrecht gezeigt. Dazu Mitteis im Archiv für Papyrusforschung Bd. 3 (1904), S. 178. Eine Anschauung von solchem griechisch-römischen Volksrecht gibt das sogenannte syrisch-römische Rechtsbuch, welches in syrischer (auch armenischer und arabischer) Übersetzung auf die Gegenwart gekommen ist (jetzt neu herausgegeben, übersetzt und erläutert von Sachau, Syrische Rechtsbücher, Bd. 1, 1907). Die zahlreichen Abweichungen des Rechtsbuchs vom römischen Recht sind vorwiegend griechischen Ursprungs. Das zeigt Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 30 ff. und in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 25, S. 284 ff. Dazu Ferrini in derselben Zeitschr. Bd. 23, S. 101 ff. und insbesondere Mitteis, Über drei neue Handschriften des syrisch-römischen Rechtsbuchs, in den Abh. der Berliner Akad. d. Wiss. 1905. In der letztgenannten Arbeit gelangt Mitteis zu den folgenden Ergebnissen: Das Rechtsbuch trägt die Spuren verschiedener Redaktionen an sich. Der Urtext ist in den siebziger Jahren des 4. Jahrhunderts entstanden (handschriftlich wird der heil. Ambrosius als Verfasser bezeichnet); er war systematisch geordnet (ungefähr dem sogenannten Sabinussystem entsprechend) und weist deutlich das Vorbild eines klassischen

durch den Panromanismus, der das gesamte Hellenentum dem römischen Reichsrecht unterwarf, ward den griechischen Rechtsanschauungen freie Bahn gegeben, ihrerseits fortgestaltend auf das römische Recht einzuwirken. Seit dem vierten Jahrhundert verlegte sich der Schwerpunkt des Reiches immer entschiedener nach dem griechischen Osten. Die Provinzen wurden die Kraft des Reiches. Der Hellenismus mit seinem kosmopolitischen Wesen ward sachlich zum Sieger über das alte Römertum. Der Kaiser von Konstantinopel war nicht mehr von den Überlieferungen Roms und Italiens, sondern von den Anschauungen und Bedürfnissen des hellenischen Provinzialismus umgeben und beeinflufst. Die Provinzen hatten das alte Hauptland verdrängt, der Hellenismus den Romanismus. So verdrängte das jus gentium endgültig das alte jus civile. War durch den hellenischen Verkehr einst dem römischen Stadtrecht das jus gentium eingepflanzt worden: jetzt, da die Rechtsentwickelung zu dem Mutterboden des jus gentium zurückkehrte, mufste es seine volle Kraft entfalten. Das jus gentium und mit ihm das jus aequum empfing seine vollausgeprägte, abschliefsende, das ganze Gebiet des Privatrechts einheitlich beherrschende Gestalt. Das römische Recht vollendete sich unter dem Einflufs des Griechenrechts: aus dem Stadtrecht ging ein Weltrecht hervor.

Es galt nur noch die Einsammlung der gereiften Früchte, um sie für die Zukunft aufzubewahren. Auch diese Aufgabe war von dem Kaisertum zu lösen, und sie ward von ihm gelöst.

Rechtswerks auf. Im 5. Jahrhundert ward das Buch vornehmlich im Morgenlande verbreitet (die erhaltenen Übersetzungen gehen sämtlich auf griechische Vorlagen zurück) und, unter Zerstörung der ursprünglichen systematischen Ordnung, durch Nachträge, insbesondere auf Grund der Kaisergesetzgebung Theodosius II. und Leo's I., vermehrt. In den Handschriften führt das Werk daher den Namen „Gesetze von Konstantin, Theodosius und Leo“. Eine im wesentlichen abschliefsende Redaktion fällt in das Jahr 468. Späteres ist nur vereinzelt aufgenommen. Auch die justinianische Gesetzgebung ist im wesentlichen unberücksichtigt geblieben. Augenscheinlich behauptete sich das Rechtsbuch vornehmlich in den Teilen des römischen Reichs, welche, weil dem Reich verloren gegangen, nicht unter die Herrschaft des justinianischen Corpus Juris traten.

§ 21.

Die Kodifikation.

I. Die Vorstufen der Kodifikation. Die spätere Kaiserzeit (seit dem vierten Jahrhundert) hatte einen zweifachen Kreis von Rechtsquellen vor sich: einmal das altüberlieferte Recht (jus vetus, auch jus schlechtweg genannt), welches in der klassischen Zeit römischer Jurisprudenz (im Lauf des zweiten, Beginn des dritten Jahrhunderts) zum Abschlufs gebracht war; andererseits das durch die Kaisergesetzgebung geschaffene jüngere Recht (leges, jus novum genannt). Beiderlei Recht (jus und leges) beherrschte in wechselseitiger Ergänzung den Rechtszustand und stellte in seiner Zusammenfassung das Ergebnis der gesamten römischen Rechtsentwickelung von der ältesten Zeit bis auf die Gegenwart der spätkaiserlichen Epoche dar.

Das jus ruhte formell auf den zwölf Tafeln, den Volksgesetzen, den Senatsbeschlüssen, dem prätorisehen Edikt und den Erlassen der älteren Kaiser. In Wirklichkeit aber wurden alle diese Rechtsquellen von den Gerichten wie von den Parteien nicht mehr unmittelbar, sondern nur noch durch das Mittel der klassischen juristischen Literatur benutzt, welche den Inhalt derselben dargelegt und entfaltet hatte. Man zitierte nicht mehr den Prätor noch das Volksgesetz, sondern den Papinian, Ulpian, Paulus usf. Dabei ward kein Unterschied mehr gemacht, ob die betreffende Ansicht des Paulus oder Papinian gerade in einem responsum geäufsert war oder nicht. Die Autorität, welche die Responsenliteratur seit dem Beginn des zweiten Jahrhunderts gewonnen hatte (S. 104), ging tatsächlich auf die juristische Literatur überhaupt über. Es kam hinzu, dafs die Verleihung des jus respondendi an einzelne Juristen im Laufe des dritten Jahrhunderts aufgehört hatte; nach Diokletian war der Kaiser (durch seine Reskripte) der einzige autoritäre Respondent (S. 114). So hatte die spätere Zeit keinen Sinn mehr dafür, zwischen Juristen mit jus respondendi und Juristen ohne jus respondendi zu unterscheiden. Mit dem gleichen Anspruch auf Ansehen wie die Schriften patentierter Juristen wurden auch die Schriften solcher Juristen zitiert, welche das jus respondendi nicht gehabt hatten, wenn ihnen nur das gleiche literarische

Ansehen zur Seite stand, welches die Schriften der berühmten, privilegierten Juristen auszeichnete. So ward für die Gerichte des vierten Jahrhunderts Gajus, welcher als Rechtslehrer unter Antoninus Pius und Mark Aurel geblüht hatte, und dessen Schriften durch griechische Flüssigkeit und Klarheit alle folgenden Jahrhunderte entzückten, der aber nie das jus respondendi besessen hatte, eine gleiche Autorität wie etwa Paulus und Papinian. Wenn man bei den patentierten Juristen ihre übrigen Schriften, bei deren Abfassung sie ja doch von ihrem jus respondendi keinen Gebrauch gemacht hatten, den Responsenschriften gleichstellte, so hatte es keinen Sinn, überhaupt noch an dem jus respondendi als Bedingung der gerichtlichen Autorität festzuhalten. Aus der Nichtunterscheidung der Schriften mufste die Nichtunterscheidung auch der Schriftsteller folgen. Es vollendete sich damit lediglich die Tatsache, dafs die Autorität der responsa auf die Literatur sich übertrug.

Ein lebhaftes Bedürfnis ward durch diese Entwickelung befriedigt. Die alten Rechtsquellen, vor allem die Volksgesetze und das prätorische Edikt, entzogen sich bereits teils durch ihre Sprache, teils durch ihre eng verschränkte, inhaltsschwere Fassung dem gemeinen Verständnis der Zeit. Weil man die alten Rechtsquellen selber nicht mehr zu handhaben vermochte, mufste an die Stelle ihres Gebrauches ein erweiterter Gebrauch der aus ihnen erwachsenen juristischen Literatur eintreten. Das jus, das Recht der älteren Entwickelungsstufen, war nur noch in der Form der Juristenschriften anwendbar: das jus (vetus) ward gleichbedeutend mit dem Juristenrecht.

Die kaiserliche Gewalt hatte hier nur die Aufgabe, teils abändernd, teils ergänzend und bestätigend einzugreifen. Dies geschah durch mehrere Zitiergesetze, von denen das Zitiergesetz Valentinians III. vom Jahre 426 das wichtigste ist. Valentinian III. bestätigte, was sich durch Herkommen gebildet hatte. Er kam zugleich dem praktischen Bedürfnis entgegen, welches durch die Unfähigkeit der Richter zu selbständigem juristischem Denken namentlich in dem bereits der Auflösung nahen abendländischen Reich gegeben war. Er gab den Juristenschriften, und zwar den Schriften des Papinian, Paulus, Ulpian, Gajus und Modestin, sowie den Schriften aller

derjenigen, welche von diesen Schriftstellern zitiert waren (damit ward der Umkreis der klassischen Literatur offiziell begrenzt), gesetzesähnliche Kraft, so dafs der Richter an ihre Meinungen gebunden sein sollte[1]. Fanden sich über dieselbe Frage Meinungs-

[1] Die Voraussetzung des Zitiergesetzes ist, dafs die Schriften der genannten fünf grofsen Juristen (Papinian usw.) gemein verbreitet und gemein bekannt sind. Das gleiche ist bei den Schriften der anderen — meist älteren — Juristen (Scaevola, Sabinus usw.) nicht der Fall. Darum ist Voraussetzung für den Gebrauch dieser anderen Juristenschriften, dafs sie wie das Gesetz sagt, codicum collatione firmentur. Der Sinn dieser letzteren Worte ist zweifelhaft. Die gewöhnliche Übersetzung: der Inhalt jener Schriften solle „durch Handschriftenvergleichung" festgestellt werden, scheint ebensowenig zutreffend, wie wenn man „codex Theodosianus" übersetzen wollte „die Theodosianische Handschrift". Codex ist nicht die „Handschrift" als solche in unserem heutigen Sinn, sondern der Pergamentband, das „corpus" (vgl. Mommsen in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Bd. 10, S. 346), das „Buch", das Buch insbesondere, welches mancherlei enthält, wie z. B. die codices accepti et expensi (unten § 81) oder die codices (die „Bücher") der mathematici in l. 10 C. de episc. aud. (1, 4). So ist von einem „Gregorianus atque Hermogenianus codex", d. h. von einer Gregorianischen und Hermogenianischen „Sammlung" (vgl. die gesta de recip. cod. Theod.: ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas collegi constitutiones decernimus), und ebenso von dem „codex Theodosianus" und den beiden „codices" Justinians (nämlich von dem „codex juris enucleati", d. h. der Sammlung des Juristenrechts in den Digesten, und dem „codex constitutionum", vgl. const. Deo auctore § 11) die Rede. Danach würden jene Worte bedeuten: die Schriften der anderen Juristen (aufser den fünf) müssen durch die Zusammenstellung (collatio) der „Sammlungen" bestätigt sein, d. h. es können nur diejenigen Stellen benutzt werden, welche in die „Sammlungen" aufgenommen sind. Die einzig mögliche Deutung scheint, dafs man beabsichtigte, Sammlungen (codices) der Stellen aus anderen Juristenschriften zu machen, welche neben den Schriften von Papinian usw. noch gebraucht werden sollten, also vergleichbar dem Plan, welcher in c. 5 C. Th. de const. princ. (1, 1) angedeutet und in Justinians Digestenwerk ausgeführt ist (nur dafs hier die Geltung sämtlicher Juristenschriften auf die aufgenommenen Exzerpte beschränkt ward), vgl. auch unten Anm. 2. Die Meinung wäre dann: vollständige Geltung der Schriften von Papinian, Ulpian, Paulus, Gajus und Modestin, exzerptenweise Geltung der Schriften der übrigen, von Papinian usw. zitierten Juristen. Da diese Exzerptensammlungen aus den Schriften der übrigen Juristen nicht hergestellt wurden, so ergab sich praktisch das von der westgotischen Interpretation des Valentinianischen Zitiergesetzes ausgesprochene Resultat, dafs von den Schriften der übrigen Juristen nur die Stellen galten, welche bei den genannten fünf Juristen (Papinian usw.

verschiedenheiten, so sollte Stimmenmehrheit entscheiden, bei Stimmengleichheit die Stimme Papinians, eventuell, falls Papinian die Frage nicht beantwortet hatte, das Ermessen des Richters. Von einem Zitieren der alten Rechtsquellen selber ist keine Rede mehr; die juristische Literatur hat die Rechtskraft derselben überkommen. Das Zitiergesetz Valentinians III. vollendete im Sinne seiner Zeit, was mit den responsa der alten pontifices und dem jus respondendi des Augustus seinen Anfang genommen hatte. Nie hat eine literarische Bewegung einen vollkommeneren Erfolg erzielt.

L. 3 C. Th. de resp. prud. (1, 4) (Theodos. et Valentinian.): Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gajum quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari[2]. Ubi autem pares eorum

---

Aufnahme gefunden hatten. Über die verschiedenen Erklärungen des Zitiergesetzes vgl. Puchta, Cursus der Institutionen, § 134; Danz, Lehrb. d. Gesch. d. röm. Rechts, (2. Aufl.) § 78; Dernburg, Die Institutionen des Gajus, S. 110 ff.; Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 1, S. 933. 934. Gegen die im vorigen vorgetragene Auffassung haben sich ausgesprochen: Ferrini, Storia delle fonti di diritto Romano (Milano 1885), S. 112 ff.; A. Pernice in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Bd. 7, S. 155.

[2] Den Gebrauch der von Ulpian und Paulus zu Papinians Werken geschriebenen kritischen Noten (Bruchstücke dieser notae sind neuerdings entdeckt worden, vgl. Zeitschrift d. Savigny-Stiftung, Bd. 2, S. 86 ff., Bd. 5, S. 175 ff. 185 ff.) hatte der Kaiser Konstantin im Jahre 321 verboten, um perpetuas prudentium contentiones abzuschneiden; der Gebrauch der übrigen Schriften des Paulus, insbesondere seiner Sententiae (deren auch am Schlufs des obigen Valentinianischen Zitiergesetzes ausdrücklich gedacht wird), war aber von ihm bestätigt worden, l. 1. 2 C. Th. de resp. prud. (1, 4). Man sieht, dafs im Beginn des vierten Jahrhunderts bereits alle Schriften (nicht

sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus etc.

Zu dem jus (vetus) wurden herkömmlich auch die Sammlungen älterer Kaisererlasse (insbesondere der Reskripte) gezählt, unter denen der Codex Gregorianus (bald nach 294), wahrscheinlich in Beryt entstanden[3], und die ihn ergänzende Sammlung des Codex Hermogenianus (annähernd gleichzeitig) hervorragten[4]. Der praktische Wert dieser Sammlungen bestand darin, dafs sie die Reskripte (so die zahlreichen Reskripte Diokletians) enthielten, welche in den Schriften der klassischen Juristen noch keine Berücksichtigung hatten finden können.

Der eigentliche Träger des neuen Kaiserrechts (leges) war das edictum (im späteren Sinne), die öffentlich bekannt gegebene constitutio generalis. Für diese Konstitutionen neuen Stils bedurfte es, ebenso wie für die Reskripte der nachklassischen Zeit, nur der Sammlung: ein Bedürfnis, welches der Codex Theodosianus, von Kaiser Theodos II. im Jahre 438 publiziert und

---

blofs die Responsa) der berühmten Juristen in den Gerichten gebraucht wurden, und dafs die Partei die von ihr angezogene Juristenschrift ins Gericht mitzubringen und dem Richter vorzulegen pflegte (l. 2. cit: in judiciis prolatos). Daher denn auch das Bedürfnis nach sachlich geordneten Exzerpten aus den Juristenschriften (vgl. oben Anm. 1) um so mehr sich geltend machte. Man konnte dann alle bezüglichen Stellen um so leichter dem Richter vorlegen. Eine Privatarbeit dieser Art ist in den sogenannten Fragmenta Vaticana (wahrscheinlich vom Ende des vierten Jahrhunderts) wenigstens teilweise erhalten. Dieselbe enthält Exzerpte aus den Juristen (Papinian, Ulpian, Paulus) mit Einfügung kaiserlicher Konstitutionen, nach Materien geordnet (vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 1, S. 969 ff.). Einer anderen Sammlung gleicher Art entstammen wahrscheinlich die Bruchstücke von Ulpians Disputationen, welche Lenel in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 24, S. 416 ff., Bd. 25, S. 368 ff. herausgegeben und erläutert hat.

[3] Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Rom. Abt., Bd. 22, S. 139 ff. Kipp, Gesch. d. Quellen, S. 78. 79.

[4] Eine ältere Reskriptensammlung waren die libri XX constitutionum des Papirius Justus (zweite Hälfte des zweiten Jahrhunderts), die gleichfalls zum jus gerechnet und von Justinian daher in seinen Digesten exzerpiert wurden (z. B. l. 60 D. de pactis 2, 14).

noch in demselben Jahre auch von Valentinian III. für das Westreich mit Gesetzeskraft verkündigt, befriedigte. Derselbe enthielt die seit Konstantin erlassenen (allgemeinen) Konstitutionen unter Aufhebung aller aus dieser Periode nicht aufgenommenen Konstitutionen.

Dem Codex Theodosianus folgte bis auf Justinian eine Reihe von einzelnen Kaisergesetzen nach, welche als Novellen (sogenannte posttheodosianische Novellen) bezeichnet und gesammelt wurden[5].

So waren zu Justinians Zeit folgende Quellen in Gebrauch: 1. die Juristenschriften nach Mafsgabe des Zitiergesetzes von Valentinian; 2. die älteren Kaisererlasse (Codex Gregorianus und Hermogenianus); 3. der Codex Theodosianus und seine Novellen.

Aus diesem Stoff ist unser Corpus juris hervorgegangen.

II. Das Corpus juris Justinians. Kaiser Justinian (regierte 527—565) fafste den Plan, das gesamte geltende Recht in ein einziges Gesetzbuch zusammenzufassen. Zu diesem Zweck veranlafste er eine doppelte Sammlung, eine des Juristenrechts (jus), eine andere des Kaiserrechts (leges). Dem Ganzen ward, zur Einleitung in das Gesetzbuch und in das Rechtsstudium, ein kurzes Lehrbuch (die Institutionen) vorausgeschickt. So zerfiel das Gesetzbuch in drei Teile: die Institutionen, die Digesten (oder Pandekten) und den Kodex.

1. Die Institutionen (in vier Büchern) sind ein kurzes historisch-dogmatisch gehaltenes Lehrbuch des Justinianischen Rechts, von dem Reichsminister Tribonian und unter seiner Oberleitung von den beiden Professoren Theophilus und Dorotheus ausgearbeitet[6]. Ältere Institutionenwerke, so des Ulpian und Marcian, namentlich aber die Institutionen und die

---

[5] Ausgabe des Codex Theodosianus und seiner Novellen von Mommsen und Meyer (oben S. 18). Vgl. Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 21, S. 149 ff. 385. Kipp, Gesch. d. Quellen, S. 80—82.

[6] Wahrscheinlich verfafste Dorotheus die beiden ersten Bücher (und den letzten Titel des vierten Buches), Theophilus die beiden letzten Bücher (mit Ausnahme des letzten Titels), jener mehr in byzantinischer Manier, dieser in einfacherer Art der Darstellung (Huschke in der Vorrede seiner Institutionenausgabe, 1868; Ed. Grupe, Zur Frage nach den Verfassern der Institutionen Justinians, Strafsburg 1889).

Res quotidianae des Gajus, wurden dabei zugrunde gelegt[7]. Justinian publizierte die Institutionen als Teil seines Gesetzbuchs mit gleicher Gesetzeskraft wie die übrigen Teile desselben.

Const. Imperatoriam (prooem. Inst.) vom 21. Nov. 533: Publikationspatent für die Institutionen.

Const. Tanta (l. 2 C. de veteri jure enucl. 1, 17) vom 16. Dez. 533: bezieht sich in den §§ 11. 23 auf die Institutionen und verordnet für die Institutionen wie für die Digesten Gesetzeskraft vom 30. Dez. desselben Jahres.

2. Die Digesten (oder Pandekten), in 50 Büchern, sind eine Sammlung von Exzerpten aus Juristenschriften, also die Kodifikation des jus (des Juristenrechts), durch eine Kommission von Professoren und Advokaten unter Tribonians Leitung auf Justinians Befehl hergestellt. Für die Anordnung des Stoffes war im allgemeinen die Anordnung des prätorischen Edikts mafsgebend. Die Kommission ward in drei Abteilungen geteilt, von denen jede eine bestimmte Gruppe von Schriften zu exzerpieren hatte: die eine die Werke über das jus civile (sogenannte Sabinusmasse, weil die Schriften des Sabinus und seiner Kommentatoren hier den Grundstock ausmachten), die andere die Werke über das prätorische Edikt (sogenannte Ediktsmasse), die dritte die Werke über einzelne Rechtsfragen und Rechtsfälle (sogenannte Papiniansmasse, weil hier die Schriften Papinians und seiner Kommentatoren an Bedeutung die übrigen übertrafen). Jede Abteilung exzerpierte für die einzelnen Materien die ihr zugewiesenen Schriften. Dann ward das Ganze zu einem Werk vereinigt, indem man unter jeder Rubrik die drei Gruppen aneinander fügte, unter nachträglicher Einschiebung von Exzerpten aus solchen Schriften, welche zunächst übersehen und ausgeschieden waren (sogenannte Appendixmasse)[8]. Da es sich nicht um die Unterstützung

---

[7] Ferrini, Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano (Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano, 1900, fasc. 2, p. 101 ff.). Kübler in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 23, S. 508 ff.

[8] Bluhme in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft, Bd. 4 (1820), S. 257 ff., dessen Ergebnisse von F. Hofmann, Die Kompilation der Digesten Justinians (1900), angegriffen, von Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Rom. Abt., Bd. 22 (1901), S. 1 ff., P. Krüger ebendas. S. 12 ff.

historischer Forschung, sondern um die Herstellung eines praktischen Gesetzbuchs handelte, so empfing die Kommission Vollmacht, mit den aufgenommenen Exzerpten Änderungen vorzunehmen. Daher die sogenannten Interpolationen (emblemata Triboniani), durch welche die Stellen aus den Schriften der klassischen Juristen mit dem Recht der Justinianischen Epoche in Einklang gesetzt wurden [9]. Die Kontroversen unter den juristischen Schriftstellern wurden beseitigt, indem nur eine Meinung in das Digestenwerk Aufnahme fand (oder wenigstens finden sollte). Das Individuelle verschwand, und die Harmonie des grofsen Ganzen blieb übrig [10]. Mit berechtigtem Selbstgefühl blickten Justinian und seine Räte auf ihre Arbeit. In der Hauptsache war das Werk gelungen. Die Summe der mehr denn tausendjährigen römischen Rechtsentwickelung war gezogen. An die Stelle des Meeres von Juristenschriften trat ein einheitliches, übersichtliches, planvoll durchgeführtes Werk. Die fernere Benutzung der Juristenschriften in ihrer ursprünglichen Form ward verboten und die kaiserliche Auslese, eine Sammlung und zu-

---

und Jörs in Paulys Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft s. v. Digesta bestätigt worden sind. — Benutzt wurden die Schriften aller derjenigen Juristen, denen das Valentinianische Zitiergesetz Rechtskraft gegeben hatte, also die Schriften der fünf grofsen Juristen und die Schriften der von diesen zitierten Autoritäten. Den Noten des Paulus und Ulpian zum Papinian (oben Anm. 2) ward ihre Geltung zurückgegeben. Von den Vorschriften des Zitiergesetzes über die Geltung der Majorität bei Meinungsverschiedenheiten der Juristen ward die Redaktionskommission ausdrücklich entbunden, c. 1 § 4. 6 C. de veteri jure enucl. (1, 17). Den Grundstock bildeten die Schriften Ulpians, dann des Paulus (oben S. 114). — Über die Wiederherstellung der exzerpierten Juristenschriften durch das Werk von Lenel s. oben S. 118.

[9] Vgl. Eisele, Zur Diagnostik der Interpolationen (Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 7. 10. 11. 13. 18); Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten, 1887; Lenel in den Anmerkungen seiner Palingenesia (oben S. 118). — Die in den Digesten enthaltenen Bruchstücke der Juristenschriften unterliegen daher einer doppelten Auslegung (sogenannte duplex interpretatio): einmal nach Mafsgabe ihrer ursprünglichen Fassung und Bedeutung, zum andern nach Mafsgabe ihres Wortlauts und Zusammenhangs im justinianischen Corpus Juris.

[10] Die Grundlage für die Ausgleichung der Kontroversen ward der Kommission durch 50 kaiserliche Verordnungen (die sogenannten quinquaginta decisiones) gegeben.

gleich eine Renaissance römischer Jurisprudenz, mit Gesetzeskraft verkündigt. Nie war ein Gesetzbuch aus edlerem Stoff verfertigt worden[11].

Const. Deo auctore (an der Spitze des Corpus juris und in l. 1 C. de vet. jure enucl. 1, 17) vom 15. Dez. 530: Beauftragung des Tribonian mit der Abfassung des Digestenwerks.

Const. Tanta = const. Δέδωκεν (an der Spitze des Corpus juris und in l. 2 C. eod.) vom 16. Dez. 533: Publikation des Digestenwerks mit Gesetzeskraft vom 30. Dez. desselben Jahres.

3. Der Kodex in 12 Büchern ist eine Sammlung kaiserlicher Konstitutionen (der Einzelentscheidungen alten Stils und der allgemeinen Verordnungen neuen Stils), also die Kodifikation des Kaiserrechts (leges). Schon im Jahre 528 hatte Justinian auf Grund des Codex Gregorianus und Hermogenianus (welche hier also den leges zugerechnet wurden) und des Codex Theodosianus sowie der später erlassenen Gesetze einen neuen Kodex herstellen lassen, der im Jahre 529 vollendet und publiziert ward. Die sodann erfolgte Ausarbeitung der Digesten und der Institutionen, welche eine Reihe materieller Rechtsänderungen mit sich führte[12], machte eine Umarbeitung des Kodex notwendig. Der Kodex von 529 ward aufgehoben und ein neuer Kodex im Jahre 534 publiziert. Dieser Kodex zweiter Auflage (repetitae praelectionis) ist der Kodex unseres Corpus juris. Unter jedem einzelnen Titel sind die aufgenommenen kaiserlichen Konstitutionen in chronologischer Reihenfolge aufgeführt. Soweit es nötig war, half man auch hier durch Interpolationen, um den Inhalt älterer Kaisererlasse mit dem jetzt geltenden Recht in Übereinstimmung zu bringen.

---

[11] Die Einteilung der Digesten in 7 partes hatte nur Bedeutung für den damaligen Rechtsunterricht. Die pars prima (πρῶτα) umfaſst die libb. I—IV: allgemeine Lehren; die pars secunda (de judiciis) die libb. V—XI: dingliche Klagen; die pars tertia (de rebus, scil. creditis) die libb. XII—XIX: persönliche Klagen; die pars quarta (umbilicus Pandectarum) die libb. XX—XXVII (Pfandrecht, Zinsen, Beweis, Ehe, Vormundschaft); die pars quinta die libb. XXVIII—XXXVI (Testamente, Vermächtnisse); die pars sexta die libb. XXXVII—XLIV (bonorum possessio, Intestaterbfolge u. a.); die pars septima die libb. XLV—L (Verschiedenes, darunter die libri terribiles XLVII, XLVIII: Strafrecht).

[12] Insbesondere durch die 50 decisiones, oben Anm. 10.

Alle älteren Konstitutionen wurden ihrer Gültigkeit entkleidet. Wie das jus nur noch in der Form des Digestenwerks, so galt das Kaiserrecht nur noch in der Form des neuen Kodex von Justinian.

Const. Haec quae necessario (vor dem Kodex) vom 13. Febr. 528: verfügt die Abfassung eines neuen Kodex (des Kodex erster Auflage).

Const. Summa reipublicae (vor dem Kodex) vom 7. April 529: Publikation des Kodex (erster Auflage).

Const. Cordi nobis (vor dem Kodex) vom 16. Nov. 534: Publikation des Kodex zweiter Auflage mit Gesetzeskraft vom 29. Dez. desselben Jahres.

Damit war das Corpus juris Justinians fertig. Das gesamte geltende Recht war in eine abschliefsende Form gebracht worden. Alle drei Teile, Institutionen, Pandekten, Kodex, sollten, obgleich zu verschiedenen Zeitpunkten publiziert, gleiche Geltung als Teile eines einzigen Gesetzbuchs haben. Um die Entstehung neuer Kontroversen zu vermeiden, ward die Abfassung von Kommentaren verboten. Alle Zweifelsfragen sollten an den Kaiser selber zur Entscheidung gebracht werden. Damit hing die Notwendigkeit neuer Konstitutionen (novellae constitutiones) zusammen, welche ziemlich zahlreich noch unter Justinian selber (535 bis 565) ergangen sind. Diese Novellen sind später gesammelt worden, vgl. oben S. 21. Die Sammlung der Novellen, welche von den Glossatoren zu Bologna gebraucht ward (das Authenticum), ist als vierter Teil des Corpus juris civilis im 16. Jahrhundert in Deutschland rezipiert worden.

§ 22.
Das Ergebnis.

Als Justinian sein Corpus juris verfafste, war der Westen Europas in den Händen der deutschen Stämme, welche auf den Trümmern des abendländischen Kaiserstaates ihre Reiche aufgerichtet hatten. Das deutsche Recht galt aber (soweit nicht die Staatsverfassung in Frage kam) nur für den deutschen Eroberer, nicht für den unterworfenen Römer. In den deutschen Königreichen der Goten, Burgunden, Franken usf. blieb daher das römische Privatrecht, Strafrecht, Prozefsrecht grundsätzlich

für die römisch geborene Bevölkerung unverändert bei Bestand. So war auch für die deutschen Könige ein Anlafs gegeben, dem römischen Recht ihre Fürsorge angedeihen zu lassen, und in den deutschen Königreichen ging man — noch vor Justinian — zu einer gesetzbuchmässigen Darstellung des römischen Rechts über. Man sieht, wie sehr schon seit dem 5. Jahrhundert das römische Rechtsleben der Kodifikation, dem zusammenfassenden, die Rechtsprechung erleichternden Gesetzbuch zudrängte. Kaum war eine kraftvoll wirksame Staatsgewalt vorhanden (und für das Abendland waren die deutschen Reichsgründungen mit politischer Wiedergeburt gleichbedeutend), so war die gesetzgeberische Redaktion des römischen Rechts ihre gewissermafsen naturnotwendige Leistung — im Westen wie im Osten.

So entstanden um das Jahr 500 (also etwa dreissig Jahre früher als das Corpus juris Justinians) in den deutschen Königreichen die Leges Romanae, zusammenfassende Aufzeichnungen des Römerrechts. Den Gegensatz bildeten die heute sogenannten Leges Barbarorum, die Aufzeichnungen der deutschen Stammesrechte. Die Lex Romana galt für die Römer, die Aufzeichnung des deutschen Rechts (die Lex Burgundionum, Wisigothorum usf.) für die deutschen Angehörigen des Reichs.

In drei deutschen Reichen sind solche Leges Romanae verfafst worden, im ostgotischen, burgundischen und westgotischen Reich. Das Edictum Theodorici, von Theoderich d. Gr. (um 500), ist die Lex Romana des Ostgotenreichs[1]; die Lex Romana Burgundionum (auch Papian genannt), von König Gundobad, gleichfalls um das Jahr 500, ist die Lex Romana des Burgunderreichs[2]; die Lex Romana Wisigothorum (auch Breviarum Alarici genannt) von König

---

[1] Das Edictum Theodorici hat das Eigentümliche, dafs es nicht blofs für die Römer des ostgotischen Reichs, sondern auch für die Goten gelten sollte. Hier überwog noch die Vorstellung, dafs das ostgotische Reich einen Teil des römischen Kaiserreichs bilde, und dafs die Goten als römische Soldaten in ihren Beziehungen zu den Römern dem römischen Recht als dem geltenden Landrecht unterworfen seien. Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. (1906), S. 525 ff.

[2] Vgl. Brunner a. a. O. S. 506 ff. Über den Namen Papian (entstellt aus Papinian) siehe unten Anm. 5.

Alarich II. im Jahre 506, ist die Lex Romana des westgotischen Reichs[3].

Die ostgotische und die burgundische Lex Romana beabsichtigen keine vollständige Darstellung des römischen Rechts, also keine eigentliche Kodifikation: für das von den Gesetzbüchern nicht berührte Gebiet blieben die bisherigen römischen Rechtsquellen in Geltung. Man beschränkte sich darauf, die Hauptsache dessen, was am römischen Recht als praktisch wichtig erschien (im Edictum Theodorici steht darum das Strafrecht im Vordergrunde) in kurzer Fassung zur Anschauung zu bringen. Kürze ist die Würze! Benutzt sind in der ostgotischen wie in der burgundischen Aufzeichnung römische Kaisergesetze (insbesondere der Codex Theodosianus), die Sententiae des Paulus und Summarien, d. h. kurze Inhaltsangaben und Erläuterungen („Interpretationen") zu den Rechtsquellen, wie sie die Literatur des 5. Jahrhunderts im Anschlufs an den Rechtsunterricht hervorgebracht hatte[4]. Aber in beiden Rechtsbüchern ist der Geist des römischen Rechts vollständig ausgelöscht. Nur das Gröbste des Stoffes ist gerettet. Alles, was Kunst der Behandlung, Schönheit der Form, Reichtum der Ideen bedeutet, ist in der grofsen Feuersbrunst der Völkerwanderung untergegangen. Ein unansehnlicher, verstümmelter, rauchgeschwärzter Torso ist übriggeblieben. Keine Spur mehr von dem, was einst grofs und herrlich gewesen war. Ja, das Selbstbewufstsein des römischen Rechtes ist dahin. Die beiden Leges zeigen bereits einen starken Ansatz zur Aufnahme deutschrechtlicher Gedanken. Schon ist das germanische Recht der stärkere Teil. Es ist im Begriff, seine Weltherrschaft anzutreten. Vor diesem römischen Recht, wie es in der ostgotischen und burgundischen Lex Romana enthalten war, brauchte es sich nicht zu fürchten. Dies römische Recht hätte nimmermehr die Welt erobert.

Einen anderen Eindruck macht die Lex Romana des Westgotenreichs, das sogenannte Breviarum Alarici. König Alarich II.

---

[3] Vgl. Brunner a. a. O. S. 511 ff.; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 976 ff.; Krüger, Gesch. d. Quellen, S. 309 ff. Eine systematisch geordnete Übersetzung gibt Conrat, Breviarium Alaricianum, 1903.

[4] Wir besitzen noch solche Summarien zum Codex Theodosianus, vgl. Karlowa a. a. O. S. 963.

hatte bereits den Gedanken der Kodifikation. Seine Lex Romana sollte alle bisherigen römischen Rechtsquellen beseitigen und für die Römer des Westgotenreichs fortan das einzige römische Rechtsbuch sein. Ein germanischer König schickte sich an — als erster —, die römische Rechtsentwickelung zum Abschlufs zu bringen und den stolzen Bau des Römerrechts durch ein das Ganze meisterndes Corpus juris zu vollenden.

Spanien war infolge seiner geographischen Lage den Verheerungen der Völkerwanderung weniger ausgesetzt gewesen als die übrigen Teile des Abendlandes. Hier und in dem Gallien südlich von der Loire, das bis zum Jahre 507 zum Westgotenreiche gehörte, hatte sich die letzte Energie des lateinischen Römertums erhalten. König Alarich konnte bei der Abfassung seines Corpus juris Romani mit ganz anderen geistigen Kräften arbeiten als Theodorich, obgleich dieser Rom selbst zu seinem Reiche zählte. Daher der Unterschied zwischen dem spanisch-gallischen Corpus juris und dem ostgotischen. Die Lex Romana Wisigothorum befolgte bereits ein ähnliches System, wie es später von Justinian eingehalten wurde. Sie verzichtete auf eine selbständige Darstellung des römischen Rechts, gab vielmehr Exzerpte aus den überlieferten römischen Rechtsquellen, welche imstande waren. mit dem Stoff auch die klassische Form zu bewahren. Den Hauptteil der Lex Romana Wisigothorum bildet der Codex Theodosianus (mit den posttheodosianischen Novellen) in abgekürzter Form, d. h. unter Weglassung vieler Konstitutionen. Auf den Codex Theodosianus (die leges) folgen Stücke aus dem jus: die abgekürzten (in zwei Bücher zusammengezogenen) Institutionen des Gajus (der sogenannte westgotische Gajus), die Sententiae des Paulus, Stücke aus dem Codex Gregorianus und Hermogenianus und eine Stelle aus Papinian (ehrenhalber!), welche den Schlufs bildet[5]. Die auf-

---

[5] Im fränkischen Reich fiel die ausschliefsende Geltung der Lex Romana Wisigothorum fort (unten Anm. 9). Neben dem Breviar konnten auch andere Quellen römischen Rechts benutzt werden. In den Handschriften ward daher die Lex Romana Burgundionum häufig unmittelbar der Lex Romana Wisigothorum angehängt, so dafs die Überschrift des letzten Stückes der Lex Wisigothorum (Papinian. lib. I responsorum) mit auf die Lex Romana Burgundionum bezogen wurde. Daher die Bezeichnung

genommenen Stücke sind grundsätzlich unverändert gelassen worden, aber ihnen ist eine „interpretatio" beigefügt, welche den Gebrauch des römischen Rechts für das Westgotenreich in verständiger Weise regelt (ein westgotischer Usus modernus Pandectarum), wahrscheinlich unter Benutzung von Summarien, wie sie die Literatur darbot[6]. Nur der „liber Gaji" ist ohne interpretatio. Er war von den westgotischen Redaktoren bereits in der abgekürzten (für die Zwecke des damaligen Rechtsunterrichts zurechtgemachten) Form vorgefunden worden, in welcher sie ihn aufnahmen, und schien in dieser Gestalt auch ohne weitere „Erläuterung" bereits hinlänglich sowohl dem damaligen Rechtszustande wie dem gemeinen Verständnis angepafst zu sein[7].

Hier erscheint das Ganze des damals in praktischer Geltung stehenden römischen Rechts. Ein viel weiterer Quellenkreis ist herangezogen und wiedergegeben als in dem ostgotischen und dem burgundischen Römerspiegel. War doch wenigstens das römische Kaiserrecht in seinem besten Teil erhalten und ein Versuch gemacht, auch Teile der klassischen römischen Jurisprudenz dem Rechtsleben zu bewahren. Die Folge war, dafs die ostgotische und burgundische Rechtsaufzeichnung mit dem Untergang der Reiche, welchen sie angehörten, in den Hintergrund zurücktraten, dafs aber das Breviarium Alarici, obgleich es für Spanien selber im siebenten Jahrhundert durch die Vereinigung von Römern und Goten unter einem einzigen Gesetzbuch (der neu bearbeiteten Lex Wisigothorum) beseitigt ward, dennoch lebenskräftig im Abendlande sich erhielt. Das römische Brevier des Alarich ward die Lex Romana des europäischen Westens und beherrschte in dieser Eigenschaft (wenngleich viel-

derselben (schon im 9. Jahrh.) als Papian, d. h. Papinian, vgl. Brunner a. a. O. S. 509.

[6] Vgl. Fitting in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 11 (1873) S. 222 ff Brunner a. a. O. S. 514.

[7] Über den westgotischen Gajus vgl. Fitting in der Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 11 S. 325 ff.; H. F. Hitzig in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd 14, S. 187 ff. — Conrat, Die Entstehung des westgotischen Gajus (Amsterdam 1905) führt aus, dafs der westgotische Gajus eine Arbeit des westgotischen Gesetzgebers sei. Dagegen Brunner a. a. O. S. 514.

fach nur durch das Mittel schlechter Auszüge) das romanische Rechtsleben in Südfrankreich und in einigen Teilen Süddeutschlands (Churrätien)[8] bis in das 11. Jahrhundert. Ja, selbst in den deutschen Klosterschulen (so in St. Gallen, Reichenau) war im frühen Mittelalter (10. und 11. Jahrhundert) neben den deutschen Stammesrechtsaufzeichnungen das Breviar als Grundlage des Lateinunterrichts und zugleich des Rechtsunterrichts in Gebrauch[9]. Italien aber hatte infolge der (wenngleich nur vorübergehenden) Eroberung durch Justinian das oströmische Corpus juris angenommen. So standen sich seit dem sechsten Jahrhundert das Corpus juris des Westgotenkönigs und das Corpus juris Justinians gegenüber, das eine im Westen, das andere im Osten vorherrschend. Welches sollte das Corpus juris civilis der Zukunft sein?

Die Entscheidung fiel zugunsten des Justinianischen Rechtsbuchs aus. Die Glossatorenschule, welche im 12. Jahrhundert in Italien das Studium des römischen Rechts neu belebte, nahm von dem Corpus juris Justinians, zu dessen Geltungsgebiet Italien gehörte, ihren Ausgang, und mit dem Siegeslauf der italienischen Rechtswissenschaft verband sich der Einzug des oströmischen Corpus juris in die abendländische Welt. Dem Corpus juris des germanischen Königs ward durch das Corpus juris des Kaisers von Byzanz der Untergang gebracht.

Es war aber nicht etwa ein weltgeschichtlicher Zufall, welcher für das oströmische Corpus juris den Ausschlag gegeben hätte. In den äufseren Erfolgen der Justinianischen Arbeit kam vielmehr ihr innerer Wert zum Ausdruck. Und dieser innere Wert bestand darin, dafs die Sammlung Justinians imstande gewesen war, der juristischen Literatur Herr zu werden, in

[8] In Churrätien entstand im 8. Jahrh., in Anschlufs an einen Auszug des Breviars, die stark mit deutschem (fränkischem) Recht durchsetzte sogenannte Lex Romana Curiensis, Brunner a. a. O. S. 517 ff.

[9] Vgl. Fitting in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd 7, S. 86—90; Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna (1888), S. 31. — Seit der karolingischen Zeit tritt im Frankenreich ein wissenschaftliches Streben auf, das auch den ursprünglichen Quellen des römischen Rechts, so dem Codex Theodosianus, zugewandt ist. Das Breviar hatte im Frankenreiche keine ausschliefsende Geltung. Vgl. Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 21, S. 155.

den Auszügen des Digestenwerks den Geist römischer Rechtswissenschaft zu ergreifen und den folgenden Zeiten zu überliefern. So bedeutsam auch die Kaisergesetzgebung in die Gestaltung des praktischen Rechts eingegriffen hatte, hier lag doch nicht die Kraft des römischen Rechtswesens, welche ihm die Ewigkeit verhiefs. Das Unvergleichliche, was dem römischen Recht gelungen war, lag ganz allein in der kunstgemäfsen Behandlung der privatrechtlichen Kasuistik, welche es verstanden hatte, mit den Gesetzen des Einzelfalles zugleich die Elemente und die ihnen eingeborenen Grundgesetze des Privatverkehrs überhaupt, vor allem des obligatorischen Verkehrs, zu entdecken, welche das grofse Geheimnis gelöst hatte, das freie billige Ermessen mit fester Regel, die Geltung des konkreten Privatwillens mit der Bindung an die ihm unverbrüchlich innewohnenden Gesetze zu vereinbaren. Allein in den Schriften der römischen Juristen aber war dies Meisterwerk des römischen Rechts vollbracht worden. Darum, wer die Juristen hatte, der hatte das wahre, echte, unsterbliche römische Recht. Diesem Ergreifen und Haben der Juristen war aber nicht jedermann gewachsen. Das sehen wir gerade an der Vergleichung des Justinianischen Gesetzbuchs mit den übrigen. Auch der Redaktionskommission des Königs Alarich waren die grofsen Werke des Papinian, Ulpian, Paulus usw. schwer und unverständlich geworden. Sie begnügte sich mit der leichten Speise, welche die kurzen „Sprüche“ (sententiae) des Paulus und das (bereits abgekürzte) Institutionenlehrbuch des Gajus darboten. Auf die Kraft der römischen Jurisprudenz war damit Verzicht geleistet worden. Die Lex Romana Wisigothorum ist darum in der Hauptsache doch nur eine Sammlung von Ukasen (Kaiserkonstitutionen). Auch in der Gestalt des westgotischen Corpus juris wäre das römische Recht niemals von uns rezipiert worden. Die Räte und Professoren Justinians aber vermochten noch, die grofsen Juristen zu lesen und sinngemäfs zu exzerpieren. In ihrem Corpus juris allein blieb die Herrlichkeit des römischen Rechts sichtbar, die Herrlichkeit, welche sich nur zu zeigen brauchte, um die Welt zu ihren Füfsen zu sehen. In dem Corpus juris Justinians, und in ihm allein, ist das Meisterwerk römischer Rechtswissenschaft erhalten und für die Zukunft gerettet worden.

Nur in der Form dieses Corpus juris konnte das römische Recht von uns aufgenommen werden. Und so ist es geschehen. Auch in dieser Hinsicht leben wir noch heute von den Leistungen, welche das byzantinische Geistesleben in Bewahrung und Überlieferung der Schätze des Altertums für uns vollbracht hat.

Das also war das grofse Werk, welches Justinian durch sein Corpus juris vollendete: das Kunstwerk des römischen Rechts hatte seinen endgültigen Abschlufs und zugleich eine zusammenfassende Form gefunden, die es vor dem Verderben rettete. Jetzt konnte der römische Staat untergehen: das römische Recht war in den Stand gesetzt, das römische Reich zu überdauern.

Drittes Kapitel.

Spätere Schicksale des römischen Rechts.

§ 23.

Byzanz.

Im oströmischen Reich war mit der Abfassung des Corpus juris sowohl die rechtswissenschaftliche wie die rechtsbildende Kraft erschöpft. Die Literatur beschränkte sich in der Hauptsache darauf, einzelne Teile des Corpus juris ins Griechische zu übersetzen oder ihren Inhalt, sei es in der Form von erläuternden Umschreibungen (Paraphrasen) oder in der Gestalt eines kürzenden Auszugs, oberflächlich wiederzugeben[1]. Ausnahmsweise wurden auch einzelne Rechtsstoffe monographisch behandelt. Die Gesetzgebung folgte dem Zuge der Zeit, das gewaltige Corpus juris in leichtere Ware umzuwandeln. Das ist der Sinn der Ende des 9. Jahrhunderts verfafsten Basiliken (*τὰ βασιλικά*). Kaiser Basilius Macedo (867—886) hatte das Werk begonnen; sein Sohn Leo Philosophus (886—911) brachte es zum Abschlufs. Der Inhalt ist eine auf den Übersetzungen und Auszügen des 6. Jahrhunderts ruhende kürzende Wiedergabe des

[1] So verfafste Theophilus (oben S. 137) eine Paraphrase zu den Institutionen (Ausgabe von Ferrini, Berlin 1884—1897), Stephanus, gleichfalls ein Zeitgenosse Justinians, eine Paraphrase der Pandekten.

Inhalts des Corpus juris (in 60 Büchern)[2]. Als Einleitung ward (nach Art der Institutionen) von Kaiser Basilius das *πρόχειρον* (von Kaiser Leo unter dem Namen *ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου* neu bearbeitet) beigegeben. Die Basiliken blieben für die Folgezeit im oströmischen Reich formell in Geltung. Tatsächlich wurden sie in stetig sich steigerndem Maſs für die Praxis durch Auszüge ersetzt. Die letzte erfolgreiche Arbeit dieser Art ist der Hexabiblos des Harmenopulos (v. J. 1345)[3] gewesen, ein „kläglicher Auszug aus den Auszügen der Auszüge"[4]. Der Hexabiblos war tatsächlich das römische Rechtsbuch des ausgehenden oströmischen Reichs. Er erhielt sich unter der Türkenherrschaft und ward 1835 für das Königreich Griechenland mit Gesetzeskraft bekleidet[5]. Die Geschichte des römischen Rechts im Morgenlande ist eine Geschichte seines ständigen Niedergangs. Wie das Reich und die Kirche so das Recht. Aus dem lebendigen Körper ward eine zur Unkenntlichkeit zusammengetrocknete Mumie.

Im Abendlande aber sollte das römische Recht zu neuem Leben erweckt werden.

§ 24.
Italien.

In den deutschen Reichen des Westens blieb das (vorjustinianische) römische Recht auch nach dem Untergang der

---

[2] Ausgabe: Basilicorum libri LX ed. E. Heimbach, 7 voll., Lips. 1833—1897. Im 2. Band ein Supplementum ed. C. E. Zachariae a Lingenthal, 1846. Der 7. Band enthält ein Supplementum alterum, ed. E. C. Ferrini, J. Mercati, 1897.

[3] Ausgabe von Heimbach, Leipzig 1851.

[4] Bruns-Lenel, Geschichte und Quellen des römischen Rechts in Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 1 (6. Aufl. 1902), S. 162.

[5] Um die Geschichte des griechisch-römischen Rechts hat sich E. Zachariae in zahlreichen Arbeiten (insbesondere: Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Aufl. 1892) bedeutende Verdienste erworben. Eine treffliche, kurz zusammenfassende Darstellung gibt Bruns-Lenel a. a. O. S. 159—162. Über Spuren klassischen Rechts in den byzantinischen Sammlungen, insbesondere im Harmenopulos, Riccobono Tracce di diritto romano classico nelle collezioni bizantine, Palermo 1906.

Römerherrschaft für die römischen Provinzialen in Geltung (oben S. 142 ff.). Aber die Forterhaltung des „römischen“ Rechts im Abendlande, die v. Savigny[1] in glänzender Darstellung erwiesen hat, war keine andere als die der römischen Sprache. Wie aus dem Lateinischen unter Aufnahme germanischer Elemente das Romanische, so ward (in Churrätien, in Südfrankreich) aus dem römischen ein barbarisiertes romanisches Recht, welches nur noch eine entfernte Ähnlichkeit mit dem römischen Recht, nichts mehr von der Macht klassischen Stiles erkennen liefs.

Nur ein einziges Land gab es, in welchem die einstige Herrlichkeit des römischen Rechts niemals völlig erlosch: Italien. In Italien erhielt sich neben der volkstümlichen eine gelehrte Überlieferung vom römischen Recht und dadurch ein Zusammenhang mit der klassischen juristischen Literatur. Hier ging, wie überhaupt die antike Bildung, so auch die juristische Bildung niemals völlig unter. Es behaupteten sich Rechtsschulen (in Rom, dann im 11. Jahrhundert in Ravenna), welche den Zusammenhang mit dem Rechtsunterricht der römischen Kaiserzeit und zugleich einen nicht verächtlichen Rest von dem Geiste römischer Jurisprudenz bewahrten[2].

Aber diese gelehrte juristische Literatur Italiens vom 6. bis ins 11. Jahrhundert stand aufser Zusammenhang mit dem praktisch geltenden Recht. Es gelang ihr nicht, die Rechtsprechung zu beherrschen. Sie war überhaupt ihrem grofsen Stoffe nur unvollkommen gewachsen. Sie beschränkte sich in der Hauptsache darauf, das römische Recht aus den leichter

---

[1] Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2. Aufl., 7 Bde., Heidelberg 1834 ff.

[2] Über diese Literatur (deren Wert verschieden geschätzt wird) haben zahlreiche Schriften von Fitting Licht verbreitet, z. B. Fitting, Über die sogenannte Turiner Institutionenglosse und den sogenannten Brachylogus, Halle 1870. Anfänge der Rechtsschule zu Bologna, Berlin 1888; ferner (in Gegnerschaft gegen Fitting) Conrat, Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter, Bd. 1, Leipzig 1891. Aufserdem vor allem Ficker, Forschungen zur Rechtsgeschichte Italiens, Bd. 3 (1870), S. 110 ff. 125 ff. 299 ff., und Ficker, Über die Entstehungsverhältnisse der Exceptiones Legum Romanorum, Innsbruck 1886 (dazu Fitting in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 7, Heft 2, S. 27 ff.).

verständlichen und darum auch minder inhaltreichen Teilen der römischen Rechtsquellen zu entnehmen. Sie bevorzugte die Institutionen einerseits und die Novellen andererseits, und liefs es sich genug sein, aus diesen Quellen ein oberflächliches Bild des römischen Rechts zu entwerfen: ganz ähnlich wie gleichzeitig die Literatur von Byzanz. Dem Hauptstück des Corpus juris, den Pandekten, war sie geistig nicht gewachsen, und gerade hier, auf dem Gebiete des Pandektenrechts, war die grofse Tat zu vollbringen, welche der italienischen Rechtswissenschaft wartete.

Es war eine eigentümliche Fügung, dafs die Lebenskräfte deutschen Volkstums und deutschen Rechts das römische Rechtsstudium Italiens von der byzantinischen Manier befreien und ihm den Aufschwung geben sollten, durch den dann späterhin die Wissenschaft vom römischen Recht dem deutschen Recht zur Lebensgefahr werden sollte.

Die Langobarden sind die geborenen Juristen unter den Stämmen germanischer Nation gewesen. Mit der kraftvollen Ausbildung eines der Rede mächtigen Gesetzesrechts (Edikte der langobardischen, Kapitularien der fränkischen Könige) verband sich bei ihnen früh ein bewufstes Streben nach verstandesmäfsiger Handhabung des Gesetzestextes. Die Reichsgerichtsräte (judices) des königlichen Hofgerichts zu Pavia wurden die Träger einer Rechtsschule deutschen (langobardischen) Rechts, die im 10. und namentlich im 11. Jahrhundert blühte. Ihr Werk war der Liber Papiensis (eine chronologisch geordnete Sammlung der Edikte und Kapitularien) und die Erläuterung dieses Corpus juris Langobardici durch Glossen und Prozefsformeln. Aus ihren Arbeiten ist um das Jahr 1070 ein vollständiger Kommentar zu dem Paveser Rechtsbuch, die sogenannte Expositio, hervorgegangen, eine bewunderungswürdige Leistung, der die gleichzeitige Wissenschaft des römischen Rechts nichts Ebenbürtiges an die Seite zu setzen hatte[3]. Gegen das Ende des 11. Jahrhunderts entstand die sogenannte Lombarda, eine systematisch geordnete Zusammenstellung des im liber Pa-

---

[3] Über die Expositio handelt Boretius in den Monum. Germ. Legum tom IV, p. LXXXIV sq. — Über die Rechtsprechung bei den Langobarden Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. Rechtsgesch., Germ. Abt., Bd. 1, S. 23. 24.

piensis enthaltenen Rechtsstoffes, welche im 12. Jahrhundert die Grundlage der nunmehr hauptsächlich in Bologna blühenden lombardistischen Rechtswissenschaft wurde, deren Ergebnisse Karolus de Tocco um 1215 in seinem Glossenapparat zusammenfafste.

Auch wissenschaftlich schien das deutsche Recht im Begriff, das römische zu überwältigen. Aber die Erfolge langobardischer Rechtswissenschaft waren bestimmt, dem römischen Recht neuen Lebensodem zu verleihen.

§ 25.
Die Glossatoren.

Die langobardische Methode war es, die in der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts in Bologna auf die Behandlung des römischen Corpus juris übertragen wurde, um durch die Bologneser Glossatorenschule eine neue Blüte der Wissenschaft des römischen Rechts, zugleich die Grundlagen unserer heutigen Rechtswissenschaft hervorzubringen. Der Ruhm, Gründer der Glossatorenschule gewesen zu sein, hat sich an den Namen des Irnerius (blühte um 1100) geheftet[1]. Unter seinen Nachfolgern glänzten die quattuor doctores Martinus, Bulgarus, Jacobus, Hugo (Zeitgenossen Friedrichs des Rotbarts) und in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts Azo, Accursius, Odofredus. Das Neue, wodurch diese Schule von Bologna zu der ihr voraufgehenden Rechtsschule von Ravenna (oben S. 150) in Gegensatz trat[2], war, dafs sie an Stelle der obenhingehenden auszugs- und lehrbuchmäfsigen Art der ravennatischen Juristen die von den Langobarden gehandhabte exegetische Methode, eine durch Glossen (dem Gesetzestext beigefügte erläuternde Bemerkungen) in das einzelne dringende Bearbeitung des Corpus juris setzte. Mit dieser Methode konnte sie auch an das mächtige Digestenwerk herangehen. Sie begnügte sich nicht, wie die Ravennaten, mit der Wiedergabe des letztlich Geltenden, des Kaiserrechts

---

[1] Als Vorgänger des Irnerius wird ein dominus Pepo (um 1070) genannt, vgl. Savigny, Gesch. des röm. Rechts, Bd. 3, S. 427. Bd. 4, S. 6. 7. Fitting, Pepo zu Bologna, in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 23, S. 31 ff.

[2] Vgl. Ficker, Forschungen, Bd. 3, S. 139 ff.

(Institutionen, Kodex, Novellen). Sie trat in die Werkstatt der römischen Juristen ein, um den Geist des römischen Rechts in seiner Arbeit zu sehen und zu ergreifen. Wie die Lombardisten, so fanden auch die Glossatoren bei Erklärung der einzelnen Stellen ihre Kraft in der Auffindung der zugehörigen anderen Stellen (der sogenannten Parallelstellen), um durch eine über den Buchstaben des Gesetzes sich erhebende, Widersprüche ausgleichende, Verwandtes in inneren Zusammenhang bringende Erläuterung von der sicheren Beherrschung alles Einzelnen aus zum Verständnis des Ganzen vorzudringen. Dem Bedürfnis nach einer Übersicht der gewonnenen Ergebnisse entsprangen die (anscheinend gleichfalls nach langobardischem Vorbild abgefafsten) Summae. Die Stärke der Schule lag in jenen Glossae, in dem Wagemut, mit welchem Irnerius und seine Nachfolger in den Strom der zahllosen Gesetzesstellen niedertauchten, um den schimmernden Hort, der dort unten ruhte, mit den Kräften echter Wissenschaft emporzuheben. Ihnen gelang, was keinem zuvor gelungen war: erst durch ihre Arbeit erreichte die Welt eine geistige Herrschaft über den ungeheuren, im Corpus juris niedergelegten Stoff. Unter ihrem Andringen leuchtete der Geist des Pandektenwerks vollglänzend auf: nicht blofs einzelne Glieder, der ganze edle Bau des römischen Rechts ward sichtbar. Die Wiederentdeckung der Pandekten, d. h. die Wiedergewinnung ihres Verständnisses, des Verständnisses römischer Jurisprudenz, und zugleich die unverlierbare Sicherstellung dieses Verständnisses durch einen grofsartigen exegetischen Apparat, das ist das mächtige Denkmal, ewiger als Erz, welches die Glossatoren sich selber gesetzt haben, das ist zugleich die Tat, welche sie für alle Jahrhunderte vollbrachten.

Mit der Glossa ordinaria des Accursius (um 1250), welche die geleistete glossatorische Arbeit abschliefsend zusammenfafste, war die Glossatorenschule in ihrem Sinne fertig: die lediglich exegetisch arbeitende Wissenschaft gelangt notwendig an einen Punkt, wo sie zu Ende ist. Das reine römische Recht, das Recht des Corpus juris, war, soweit eine das Gesetzbuch lediglich aus sich selbst erläuternde Wissenschaft zu reichen imstande ist, aufs neue der Welt gezeigt worden.

Aber die Wiederentdeckung des reinen römischen Rechts

war nicht genug, um demselben eine Wirkung auf die Praxis zu gewähren. Wir würden uns täuschen, wenn wir für die Glossatorenzeit eine plötzliche Umwandlung der Rechtsanwendung annehmen wollten. Die Rechtsprechung blieb zunächst auch in Italien in dem alten Geleise, und die Tat der Glossatoren war fürs erste mehr von wissenschaftlicher als von praktischer Bedeutung[3]. Bevor das Recht des Corpus juris wirklich anwendbar und einer neuen Weltherrschaft fähig werden konnte, bedurfte es einer umarbeitenden Anpassung, einer Übersetzung des ehemaligen römischen Rechts in das Mittelalterliche.

Schon die Glossatoren hatten einen Schritt in dieser Richtung getan. Unter den Authenticae, d. h. Auszügen aus jüngeren römischen Kaisergesetzen, welche sie in den Text des Kodex einschoben (oben S. 21), finden sich auch Auszüge aus Gesetzen der deutschen Kaiser Friedrich I. und Friedrich II.[4]. Noch bedeutsamer ist, dafs sie eine im 12. Jahrhundert entstandene gleichfalls an deutsche Kaisergesetze anknüpfende Aufzeichnung des lombardischen Lehnrechts, die sogenannten Libri Feudorum, den neun Abteilungen („Kollationen") ihrer Novellensammlung (oben S. 21) als zehnte Abteilung (decima collatio) hinzufügten. Der von Accursius aufgenommene und mit dem Glossenapparat versehene Text ist der gemeinbräuchliche Text des

[3] Erst in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts beginnen die Wirkungen der Schule von Bologna in den italienischen Urkunden sich häufiger zu zeigen, und auch diese Wirkungen sind nur sehr beschränkter Art, vgl. Ficker, Forschungen, Bd. 3, S. 299 ff. Neumeyer. die gemeinrechtl. Entwickelung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, Bd. 1 (1901), S. 54. Boncompagnus in seiner Rhetorica novissima (v. J. 1235): per ipsum (jus civile) vel cum ipso non regitur centesima pars orbis terrarum —; per statuta rusticorum jugiter evanescit et plebiscita popularia sibi auctoritatem subripiunt et favorem; der Verfasser hafst darum die Lombarda: non debet dici lex, immo potius fex (Seckel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 21, S. 333). — Gröfser war der Einflufs, den die Glossatoren durch die Wiederbelebung der römischen Kaiseridee auf die allgemeinen Vorstellungen ihrer Zeitgenossen übten.

[4] Berühmt sind die Auth. Sacramenta puberum (der Eid eines Mündigen soll auch das nichtige Geschäft gültig machen) und die Auth. Habita (die Gerichtsbarkeit über die Studenten betreffend), beide Auszüge aus Gesetzen von Kaiser Friedrich I. Vgl. Mommsen. Corpus juris, vol. 2, p. 510. 511.

Lehnrechtsbuchs geworden[5]. Die Glossatoren wollten das römische Recht als lebendiges Recht zur Geltung bringen. Darum taucht das Zepter des mittelalterlichen deutschen Kaisertums in ihrem Corpus juris auf. Darum haben sie dem klassischen Tempel römischen Rechts eine trotzige Burg mittelalterlich feudalen Stiles als Anbau beigegeben.

§ 26.

Das Corpus juris canonici.

Mit gröfserem Erfolg als die Glossatorenschule hatte inzwischen die kirchliche Gesetzgebung das Werk der anpassenden Umarbeitung des römischen Rechts in die Hand genommen. Seit dem Ausgang des 11. Jahrhunderts war die mittelalterliche Kirche in den Besitz der Weltherrschaft getreten. Der Weltherrschaft folgte die Weltgesetzgebung. Das kanonische, d. h. das von der Kirche erzeugte Recht beschränkte sich fortan nicht mehr darauf, Kirchenrecht zu sein; es trat an die Aufgabe heran, das gesamte Recht, auch das Privatrecht, Strafrecht, Prozefsrecht im Sinne der Kirche neuzugestalten. Durch die Dekretalengesetzgebung der Päpste, insbesondere der grofsen Päpste Alexander III. und Innozenz III., ward das Werk vollbracht. Die Dekretalen waren Einzelentscheidungen der Päpste auf an sie ergangene Anfrage, den Reskripten der römischen Kaiser vergleichbar. Der alte Römergeist ward in den herrschgewaltigen Päpsten neu lebendig, durch eine Fülle kasuistischer Einzelentscheidungen grofse Grundgedanken einer neuen Rechtsordnung hervorbringend. Ein päpstliches (kirchliches) Weltrecht stellte sich dem kaiserlichen (römischen) Weltrecht gegenüber. Der doppelten Weltherrschaft entsprach ein doppeltes Recht des christlichen Erdkreises (jus utrumque). Nicht das deutsche Kaisertum, sondern das Papsttum stellte dem Corpus juris civilis ein mittelalterliches Weltgesetzbuch, das (im Beginn des 14. Jahrhunderts zum Abschlufs gelangende) Corpus

---

[5] K. Lehmann, Das langobardische Lehnrecht, Göttingen 1896. — Auch sonst nehmen die Glossatoren in ihren römischrechtlichen Arbeiten auf langobardisches Recht Bezug, Neumeyer a. a. O. S. 72. 73.

juris canonici, gegenüber[1]. Das kanonische Weltrecht aber bedeutete eine Umarbeitung des römischen Rechts im Sinne der mittelalterlichen Ideen. Auf dem Gebiete des Privatrechts war die umgestaltende Arbeit der Kirche von weniger tiefgehender

---

[1] Das Corpus juris canonici besteht aus folgenden vier Stücken: 1. Decretum Gratiani, eine Privatarbeit des Bologneser Mönches Gratian um 1140, enthaltend die Sammlung der bis dahin von den kirchlichen Autoritäten ausgegangenen Satzungen (canones), verbunden mit einer den Inhalt dieser canones in Einklang bringenden wissenschaftlichen Verarbeitung (dicta Gratiani): zitiert wird die prima pars Decreti (in 101 Distinktionen eingeteilt) nach distinctio und canon (c. 1 dist. 1), die secunda pars (36 Rechtsfälle, causae, behandelnd) nach causa, quaestio und canon (c. 1 C. 1 qu. 1), die tertia pars (de consecratione, in 5 Distinktionen eingeteilt) nach distinctio und canon mit dem Zusatz: de consecr. (c. 1 dist. 1 de consecr.); in der secunda pars enthält die dritte quaestio Causa 33 einen tractatus de poenitentia, der als solcher nach dist. und can. zitiert wird (c. 1 dist. 1 de poenit.); formale Geltung haben nur die canones, nicht die dicta Gratiani. Einen stark hervortretenden Bestandteil des von Gratian aufgenommenen Materials bilden die gefälschten päpstlichen Dekretalen des sogenannten Pseudoisidor (einer um 850 in Frankreich entstandenen Sammlung kanonischer Rechtsquellen, die neben echten Stücken zahlreiche Fälschungen, namentlich eine ganze Menge vom Herausgeber angefertigter angeblicher päpstlicher Dekretalen bringt): ein Beispiel der canon Redintegranda (unten § 67 Anhang). 2. Liber Extra (d. h. liber extra decretum vagantium, eine Sammlung der noch nicht in das decretum Gratiani aufgenommenen jüngeren canones, insbesondere der neuen päpstlichen Dekretalen) von Gregor IX., 1234, nach 5 Büchern geordnet, zitiert nach Buch, Titel, canon: c. 1 X (= Extra) de praeb. (3, 5). Der liber Extra enthält das klassische kanonische Recht: die Dekretalengesetzgebung Alexander III. und Innocenz III. 3. Liber Sextus, von Bonifaz VIII., 1298, gleichfalls in 5 Büchern: c. 1 in VIto de praeb. (3, 4). 4. Clementinae, 1317, die Dekretalen Papst Clemens V. enthaltend, auch in 5 Bücher geordnet; der einzelne canon wird als Clementina bezeichnet: Clem. 1 de praeb. (3, 2). — Die Bedeutung des Gratianischen Dekrets (von dem Verfasser selber als concordantia discordantium canonum bezeichnet) liegt in der abschliefsenden Sammlung der alten canones und in der Harmonisierung ihres Inhalts im Interesse päpstlicher Alleingewalt; das Recht der alten Kirche brachte er durch virtuose Handhabung scholastischer Dialektik mit den Machtansprüchen des Papsttums seiner Zeit in Einklang. Das zweite Hauptstück ist der Liber Extra; auf der von Gratian geschaffenen Grundlage wird nunmehr durch die grofsen Päpste jener Zeit, Alexander III. und Innocenz III., der Prachtbau des klassischen kanonischen Rechts aufgeführt: erst im Liber Extra erscheint das kanonische Recht als Weltrecht.

Bedeutung, aber auch hier wurden neue weittragende Grundsätze aufgestellt (Durchführung des Erfordernisses der bona fides für Klagverjährung und Ersitzung; Verbot des Zinsennehmens, überhaupt des Wuchers). Auf dem Gebiete des Prozeſs- und Strafrechts ging eine vollständige Umwälzung vor sich. Hier stand das kanonische Recht unter starkem Einfluſs der italienischen Stadtrechte und damit germanischer Rechtsgedanken. Aus dem römischen Prozeſs ging der kanonische Prozeſs und aus dem römischen Strafrecht ging das kanonische Strafrecht hervor. Die Welt des Abendlandes hat Prozeſs- und Strafrecht des Corpus juris civilis und in der Hauptsache ebenso das römische Privatrecht später in der Umarbeitung aufgenommen, welche das Corpus juris canonici ihm gegeben hatte. Das Gesetzbuch der Päpste schloſs eine zweite Auflage des alten kaiserlichen Gesetzbuchs in sich, eine Auflage, in welcher das Kaiserrecht dem Mittelalter verständlich und anwendbar wurde.

Aber das kanonische Recht galt als solches nur in den Gerichten der Kirche, nicht im weltlichen Gericht. Die Kirche war auſser stande, durch ihre Macht allein das römische Recht für die weltlichen Gerichte umzugestalten.

Die entscheidende Tat ist wiederum von der Wissenschaft vollbracht worden.

§ 27.
Die Kommentatoren.

Auf die Glossatorenschule folgte seit der Mitte des 13. Jahrhunderts die Schule der Postglossatoren oder Kommentatoren, deren Blütezeit in das 14. Jahrhundert (Cinus, Bartolus, Baldus) fällt[1]. Die Würdigung dieser zweiten

[1] Cinus (Diminutiv von Guittoncinus), geb. 1270 zu Pistoja, gest. 1336, war mit Dante und Petrarca befreundet und selber als Dichter hervorragend. Er hörte in Bologna den Dinus. Dann ging er nach Paris, wo er die „neue“ dialektische (scholastische) Art der Franzosen kennen lernte, die er dann nach Italien brachte (unten Anm. 10). Mit der Dialektik verband er den Sinn für das praktisch geltende Recht. Dadurch ward er der Begründer der neuen kommentatorischen Rechtswissenschaft, welche die unmittelbare Quelle unserer heutigen Rechtswissenschaft darstellt. Er lehrte vornehmlich in Perugia. Sein berühmtester Schüler war Bartolus geb. 1314 zu Saſsoferrato im Herzogtum Urbino gest. 1357, Professor in Padua,

Stufe italienischer Jurisprudenz (deren Sitz vornehmlich in Perugia, Padua, Pisa, Pavia zu finden war) ist dadurch beeinträchtigt worden, dafs man sie nach Mafsgabe ihrer Leistungen für das Verständnis des Corpus juris civilis abgeschätzt hat[2]. Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen jene Männer als Epigonen („Postglossatoren"), die, sehr zum Nachteil ihres Ruhmes, von ihren Vorgängern lediglich dadurch sich unterscheiden, dafs sie anstatt kurzer exegetischer Bemerkungen (Glossen) nunmehr langatmige, von scholastischen Distinktionen strotzende Kommentare zu den einzelnen Stellen des Corpus juris verfassen („Kommentatoren"), und zwar solche Kommentare, welche den formell zugrunde gelegten Text des Corpus juris dennoch nicht kommentieren, sondern mit der eingehenden Darlegung von Lehren sich beschäftigen, zu denen die Textstelle (oder die zugehörige Glosse) nur ganz äufserlich den Anlafs gibt.

In Wirklichkeit war die Aufgabe und das Werk dieser Juristen ganz anderer Natur[3]. Sie beabsichtigten gar nicht, das Corpus juris zu erklären: die Erklärung des römischen Rechts war für sie mit der Glosse fertig. Aber etwas Neues, Gröfseres

---

Pisa, Perugia. In Perugia erwarb Bartolus den Ruhm des ersten Rechtslehrers Italiens. Er wufste das praktisch geltende Recht dialektisch zu beherrschen und ist der Schöpfer der juristischen Begriffswelt, welche für die Folgezeit grundlegend geworden ist (vgl. unten). Auf die ganze abendländische Rechtsentwickelung hat er entscheidenden Einflufs ausgeübt. Ihm folgte als sein bedeutendster Schüler Baldus, geb. 1327 in Perugia, Professor vornehmlich in Perugia, zuletzt in Pavia, wo er 1400 starb, hervorragend dadurch, dafs er, wie über das weltliche Recht (auch über die libri Feudorum schrieb er einen Kommentar) so über das kanonische Recht Meister war, einflufsreich durch zahlreiche Rechtsgutachten (consilia), deren Zahl und Bedeutung die des Bartolus noch übertrifft. Vgl. v. Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. 6, S. 71 ff. 137 ff. 208 ff.

[2] Auf diesem Standpunkt steht v. Savigny, Gesch. des röm. Rechts, Bd. 6, S. 1 ff.: darum wundert sich v. Savigny a. a. O. S. 11. 12. 95 darüber, dafs dieselben Männer, die im 14. Jahrhundert am Aufschwung der italienischen Nationalliteratur Anteil haben (so Cinus), auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft lediglich Träger des Niederganges seien.

[3] Vgl. R. Stintzing, Gesch. d. deutschen Rechtswiss., Bd. 1 (1880) S. 111 ff. und die treffenden Ausführungen von W. Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren, Leipzig 1895, S. 1 ff.

sollte durch sie werden: auf dem durch die Glossatoren gewonnenen Boden wollten sie ein der Anwendung fähiges römisches Recht, ein lebendiges gemeines Recht, zunächst für Italien, zum Dasein bringen.

Es war die Zeit (im 14. Jahrhundert), dafs unter mächtigem Geistesbrausen aus den verschiedenen Völkerschaften Italiens (Langobarden, Romanen) ein einiges italienisches Volkstum hervorging. Dante, Petrarca, Boccaccio schufen eine italienische Nationalliteratur. Gleichzeitig haben Cinus, Bartolus, Baldus ein italienisches Nationalrecht hervorgebracht. Bis in das 11. und 12. Jahrhundert standen langobardisches und römisches Recht unvermischt sich gegenüber. Das langobardische Recht herrschte, wenigstens in Oberitalien, bis in den Beginn des 13. Jahrhunderts so gut wie ausschliefslich in der Praxis[4], und aus dem langobardischen Recht sog das reich sich entfaltende Statutarrecht der oberitalienischen Stadtstaaten seine Nahrung. Das römische Recht herrschte umgekehrt tonangebend in der Literatur. Die Glossatorenschule verdunkelte seit dem 13. Jahrhundert vollständig die Werke der Lombardisten und mit ihnen die Lombarda selbst. Das aus dem langobardischen Recht mit jugendlicher Lebenskraft emporstrebende Statutarrecht (Stadtrecht), von den Glossatoren als unvernünftiges, ja als „schmutzigstes“, von „Eseln“ hervorgebrachtes Recht verachtet[5],

---

[4] In Oberitalien blieb das römische Recht dem langobardischen gegenüber nur dem Namen nach erhalten. Das Cartularium Langobardicum (um 1000 in Pavia abgefafst) nennt stehend das römische Recht neben dem langobardischen, aber nur, um ebenso stehend die Übereinstimmung desselben mit dem langobardischen Recht zu bemerken. Vergl. Ficker, Forschungen, Bd. 3, S. 460, und oben S. 154, Anm. 3. — Odofredus sagt noch um 1250: ultra Padum servatur jus Lombardorum, et in Tuscia servatur jus Lombardorum. Vergl. Tamassia, Odofredo, Bologna 1894, p. 134. Neumeyer a. a. O. (oben § 25 Anm. 3) S. 71.

[5] Odofredus: fetidissimum jus Langobardorum (ähnlich Boncompagnus, oben S. 154, Anm. 3); die plebeji, welche statuta machen wollen, sind ebenso viele asini, darum haben ihre Statuten nec latinum nec sententiam; nur das römische Recht ist das vernünftige Recht, lex et ratio. Tamassia, Odofredo, p. 10 not 1, p. 133. Die Entgegensetzung der lombardischen faex und der römischen lex stammt von dem Kanonisten Huguccio (um 1200): das Wort machte Glück und ward unendlich oft wiederholt, Neumeyer, S. 61. 62. — Im Laufe des 13. Jahrhunderts ver-

fand überall keine wissenschaftliche Bearbeitung. Eine Kluft trennte das Recht der Praxis von dem Recht der Wissenschaft. Was im Leben blühte, war das Statutarrecht einerseits, das kanonische Recht andererseits. Aber auch das kanonische Recht blieb, weil als solches nur in den geistlichen Gerichten gültig[6], für die weltliche Rechtsprechung von der Wirkung sowohl auf die Statutarrechte wie auf die Fortentwickelung des römischen Rechts ausgeschlossen. Römisches Recht, Statutarrecht, kanonisches Recht standen in unvermitteltem Gegensatz nebeneinander. Die Aufgabe war, die Wechselbeziehung herzustellen. Diese Aufgabe ist von den Kommentatoren gelöst worden.

Schon von alten Zeiten her galt (auch im lombardischen Oberitalien) das römische Recht als die lex generalis, als das gemeine Recht. Die Glossatoren arbeiteten an dem römischen Recht als an dem jus commune. Das römische Recht war Weltrecht. Aber seine Weltherrschaft war theoretischer Natur. Erst die Kommentatoren haben das römische Recht in die Praxis eingeführt, und zwar dadurch, dafs sie das römische Recht mit dem praktisch geltenden Recht Italiens zu einer höheren Einheit verschmolzen. Ihre Kommentare zum Corpus juris sind voll von der Berücksichtigung der Statuten. Sie bewirken zugleich die Aufnahme lombardischer Gewohnheiten in das römische Recht und umgekehrt die Aufnahme des römischen Rechts in die lombardischen Gewohnheiten. Eine gleich grofse Rolle spielt bei ihnen das kanonische Recht. Sie haben die Geltung des kirchlichen Rechts für die weltlichen Gerichte Italiens vermittelt, indem sie das römische Recht im Sinn des kanonischen Rechts weiterbildeten. Sie waren es, welche durch Verbindung des römischen Rechts mit kanonischem und germanischem Recht für

---

schwand die Geltung der Lombarda als einer Quelle des gemeinen Landrechts. Dem römischen Recht standen (aufser dem kanonischen Recht) nur noch die lediglich ortsrechtlich geltenden Statuten (Stadtrechte) gegenüber, Neumeyer, S. 59 ff. Damit war die Voraussetzung für die im 14. Jahrhundert durch die Kommentatoren sich vollziehende Verwandlung des römischen Rechts in gemeines italienisches Recht gegeben.

[6] Odofredus: Illae decretales habent locum in foro clericorum — vel intelliguntur — in illis terris in quibus dom. papa habet utrumque gladium: weltliche Geltung ward den Dekretalen nur in dem weltlichen Gebiet des Papstes zugestanden. Tamassia p. 146. 147.

Italien einen modernen Gebrauch des Pandektenrechts schufen, ein Recht, welches mit den unvergänglichen Leistungen römischer Jurisprudenz Fühlung behielt, aber doch modernisiert genug war, um in die Gerichte der damaligen Gegenwart Eingang finden zu können. Erst in der Form dieses modernisierten, italianisierten Pandektenrechts trug nunmehr das römische Recht, zunächst in Italien, den Sieg über das deutsche Recht davon. Unter dem Einfluſs der Kommentatoren (namentlich durch ihre „Konsilien“ wirkten sie maſsgebend auf die Rechtsprechung) sank das lombardische Recht (Statutarrecht) zum Range eines bloſsen Partikularrechts herab, welches seine Ergänzung und Erläuterung nicht aus sich selbst, sondern aus dem von der neuen Wissenschaft geschaffenen fortgebildeten Pandektenrecht (römischen Recht) zu finden hatte. Jetzt erst kam ein praktisch geltendes, d. h. ein in die Statutarrechte ergänzend eintretendes, vom Richter Anwendung forderndes gemeines italienisches Recht zur Welt. Es brach den Statutarrechten Italiens den Nacken. Zwar galt der Satz, daſs das Statut dem jus commune vorgehe (gerade wie es später in Deutschland hieſs: Landrecht bricht gemeines Recht)[7], aber die Geltung des Statuts ward auf die Geltung seines Buchstabens (seiner ausdrücklich und kategorisch gegebenen Bestimmungen) eingeschränkt — erst durch diesen Grundsatz wurde das statutarische Recht zu einem lückenhaften Recht[8], — um dann

[7] Dinus: per poenam statuti tollitur in totum poena juris communis. Engelmann a. a. O. S. 238.

[8] Es hieſs: Statuta debent servari ad literam (Tartagnus). Statuta sunt stabiliter, firmiter et tenaciter observanda, nec ab eorum verbis est recedendum, quia sunt stricti juris (Albericus). Aber der Sinn des Satzes, daſs die Statuten stricti juris seien, ist der, daſs sie nur nach Maſsgabe ihres Buchstabens gelten. Gandinus: Statuta terrarum sunt stricti juris et sterilia tamquam mulae, et sic nullam interpretationem et subauditum intellectum recipiunt, sed secundum eorum verba juxta grammaticalem intellectum stricte et rigide sunt intelligenda. Engelmann, S. 236. 237. Die Statuten sind nicht aus sich selber nach Maſsgabe ihres Sinnes zu ergänzen; wo der Buchstabe fehlt, da fehlt es an einem statutarischen Rechtssatz, und tritt daher das gemeine Recht ergänzend ein. Die sinngemäſse Geltung des seinem Geist nach selbstverständlich vollständigen Statutarrechts wird durch das gemeine Recht zerstört. Genau die gleichen Sätze wandten die deutschen Juristen

den Buchstaben des Statuts selber endlich, trotz aller Vorbehalte, mit dem Geist des gemeinen Rechtes zu erfüllen[9]. Die Kraft der Wissenschaft war mit dem neuen gemeinen Recht, und erst die Wissenschaft der Kommentatoren war es, die solche Triumphe feierte. Wie die Unterschiede der Sprache und Volksart in Italien vor der Macht einer gemeinsamen nationalen Literatur und Kunst, so traten die Unterschiede des Rechts zurück vor den Erfolgen einer die Nation auch für das Rechtsleben einigenden Wissenschaft.

Aber das neue gemeine Recht der Kommentatorenschule war nicht blofs darauf angelegt, gemeines italienisches Recht zu sein. Es hatte Kräfte der Welteroberung in sich. Auch in dieser Richtung haben erst die Kommentatoren der Geschichte den entscheidenden Dienst geleistet. Sie führten die Scholastik in die Rechtswissenschaft ein[10].

---

im 16. und 17. Jahrhundert auf die Auslegung der deutschen Partikularrechte im Verhältnis zum römischen Recht an (unten § 28). — Den Grundsatz, dafs „Lücken" des langobardischen Rechts aus dem römischen Recht zu ergänzen sind, hat schon die Expositio zum Liber Papiensis (oben S. 151), Neumeyer, S. 56.

[9] Gandinus: secundum veriorem intellectum et opinionem communem Doctorum statuta intelliguntur secundum determinationem juris communis et ejus interpretationem. Baldus: statutum debet intelligi, prout est possibile, secundum jus commune; statuta restringuntur per rationem juris communis. Auch dem Buchstaben des Statuts gegenüber wurde der Satz geltend gemacht: litera occidit, spiritus autem vivificat. Vgl. Engelmann S. 238 ff. Der von den Kommentatoren geführte Streit um die Geltung der Statuten, über welchen Engelmann a. a. O. lehrreiche Aufschlüsse gegeben hat, ist praktisch gleichbedeutend mit dem Kampf um die Geltung des gemeinen Rechts. Durch diese Lehre von der Auslegung der Statuten nicht nach dem Sinne des Statutarrechts, sondern nach dem Sinne des gemeinen Rechts ist das von den Kommentatoren gelehrte Recht geltendes gemeines Recht geworden. — Vgl. auch J. Kohler, Beitr. z. Gesch. d. röm. Rechts in Deutschland, 2. Heft (1898), S. 33 ff. Brie, die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten zum Gewohnheitsrecht (Festgabe für Dahn 1905), S. 158.

[10] Über Wesen und Geschichte der Scholastik vgl. die treffliche Ausführung von G. Kaufmann, Gesch. der deutschen Universitäten, Bd. 1 (1888), S. 1 ff. Der Sieg der scholastischen Denkweise ist durch Abälard (starb 1142) herbeigeführt worden. Paris ward der leitende Hauptsitz der scholastischen Wissenschaft (Kaufmann S. 46. 49). Französische Juristen

Das Wesen der Scholastik ist die Herrschaft der deduktiven Methode, d. h. die Herrschaft des Begriffs. Der scholastischen Wissenschaft gilt nicht die Erfahrung, nicht die Beobachtung, sondern allein das in der Vernunft gefundene Prinzip. Die spekulative Philosophie ist alles. Nur was durch logische Schlufsfolgerung aus den allgemeinsten Vorstellungen gefolgert werden kann, hat wissenschaftliche Geltung. Nur „was vernünftig ist, das ist". Selbst die Regeln der Grammatik müssen vom Standpunkt der Scholastik durch logische Schlüsse aus allgemeinen „Prinzipien" gewonnen und damit erwiesen werden[11]. Ein Rausch des logischen Verstandes ist über die Welt gekommen. Die Dialektik steht in der Alleinherrschaft. Die Welt des Seins verschwindet vor der Welt des Denkens.

Wir kennen heute die Scholastik vor allem von ihrer Schattenseite. Ihr Spielen mit Begriffen, ihr endloses und häufig fruchtloses Disputieren für und wider, ihr offensichtlicher Mangel an Sinn für das Wirkliche stöfst uns ab. In jenen Tagen aber, als die Scholastik zu ihrer Blüte kam, strahlte sie Lichtglanz durch die mittelalterliche Welt. Zum ersten Male ward jene Zeit unter der Zucht des grofsen Meisters aus dem Altertum, Aristoteles, der Macht des Denkens sich bewufst. Einem in sinnlich konkreten Anschauungen befangenen Geschlecht offenbarte die Scholastik zum ersten Male die Kraft des Geistes, der aus dem eigenen Innern die wahre Welt gebiert. Sie fehlte, indem sie glaubte, durch Vernunftschlüsse die Beobachtung ersetzen zu können. Aber sie gab dem unzerstörlichen Verlangen des Menschen nach Unterwerfung der blinden Masse des Tatsächlichen unter den allherrschenden Geist wissenschaftlichen Ausdruck. Darin ruht die Bedeutung der Scholastik auch für die Folgezeit. Die Beobachtung der Natur, die Erforschung des

---

haben in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts zuerst die scholastische Art auf die Rechtswissenschaft angewandt, v. Savigny, Geschichte, Bd. 5, S. 603 ff. Cinus übertrug dann in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts die scholastische Jurisprudenz der Franzosen (der „moderni") nach Italien; ihm folgten die anderen italienischen Juristen, vor allem sein grofser Schüler Bartolus und dessen Schüler Baldus, vgl. v. Savigny, Geschichte, B. 6, S. 88. 155. Engelmann S. 11. 12.

[11] Vgl. Kaufmann a. a. O. S. 23 ff.

Geschichtlichen, die Erkenntnis des ewigen „Fliefsens aller Dinge" hat unserer Wissenschaft eine ganz andere Art gegeben. Aber niemals wird sie durch das blofs Tatsächliche befriedigt sein. Immer wird sie, wie einst die Scholastik, die Welt des Wirklichen durch das Allgemeine, Begriffliche zu erfassen sich bemühen, und immer wieder wird sie von allem Beobachten des Gegebenen zum Bewältigen des Gegebenen durch die Idee zurückkehren. In dem innersten Wesen der Scholastik ruht ein Teil des innersten Wesens auch unserer Wissenschaft.

Als die Kommentatoren Italiens im 14. Jahrhundert die aus Frankreich herüberdringende Scholastik auf die Rechtswissenschaft in Anwendung brachten, legten sie den Grund zu unserer heutigen Jurisprudenz. Es war nicht mehr genug, das gegebene römische Recht lediglich erläuternd festzustellen. Es kam darauf an, die Rechtssätze aus Begriffen abzuleiten. Solche Art Jurisprudenz war den römischen Juristen noch unbekannt gewesen. In ihren Schriften handhaben sie mit Meisterschaft feste Rechtsbegriffe, aber zu einem sehr erheblichen Teile nach Art des Künstlers, der die unverbrüchlichen ästhetischen Gesetze anwendet, ohne sich ihrer bewufst zu sein. „Gefühl ist alles", vornehmlich in der Kunst, auch in der Kunst der kasuistischen Rechtsentfaltung, welche die vornehmste Kunst der römischen Juristen gewesen war (oben S. 115. 116). Die reflektierende, von der Blässe des allgemeinen Gedankens „angekränkelte", aber doch durch die Macht des allgemeinen Gedankens getragene und auf das Leben wirkende Rechtswissenschaft, d. h. eine Rechtswissenschaft nach unserer (und insbesondere nach deutscher) Art ist erst durch die scholastische Jurisprudenz der Kommentatoren geschaffen worden. Unsere deutsche Rechtswissenschaft von heute stellt in sehr bedeutendem Mafse ein Erbe der Scholastik des Mittelalters dar.

„Begriffsjurisprudenz" war es, was die Kommentatoren des 14. und 15. Jahrhunderts trieben. Aber es war nicht Begriffsjurisprudenz, die das Leben auf dem Altar des Begriffs opferte. Durch ihre Begriffsjurisprudenz haben die Kommentatoren praktisch geltendes Recht des Abendlandes geschaffen.

Überall oder wenigstens fast überall finden wir Ansätze zu den Lehren der Kommentatoren schon in der Glosse. Stand

doch selbstverständlich bereits das 12. Jahrhundert unter dem Zeichen der aufsteigenden Scholastik. In der Hauptsache aber ist das Werk der Glossatoren humanistischer, nicht scholastischer Art. Der Geist des Altertums ward durch sie neu erweckt. Erst durch die Kommentatoren trat die volle Verbindung mit dem Leben und darum auch mit der Scholastik des Mittelalters ein. Aus dem römischen Recht wurde ein anderes, ein mittelalterliches Recht, und diese Veränderung ist nicht blofs durch die oben dargelegte Verschmelzung mit kanonischem und deutschem Recht, sondern an erster Stelle durch die spekulative Art der das römisch-kanonische Recht mit dem Geist mittelalterlicher Wissenschaft durchdringenden scholastischen Jurisprudenz der Kommentatoren bewirkt worden.

Das geschriebene Recht ist niemals geeignet, aus ihm unmittelbar die Entscheidung aller Fälle des Rechtslebens zu entnehmen. Das galt auch vom römischen Recht mit Einschlufs der glossatorischen Erläuterungen. Die römischen Juristen füllten solche Lücken durch das Mittel ihrer juristischen Kunst. Die Kommentatoren waren die ersten, die mit dem Mittel der Wissenschaft (nach unserer Art) an die Aufgabe herantraten. Sie schritten von den einzelnen gegebenen Rechtssätzen zu abstrakten Begriffen vor, mit denen sie die Herrschaft über die Welt des Rechts eroberten (vgl. oben S. 34. 35). Ihr Werk waren Definitionen und Distinktionen, aber in ihren begrifflichen Unterscheidungen kamen trotz aller scholastischen Schwerfälligkeit zum ersten Male die abstrakten Grundgesetze des gesamten Rechts zum Ausdruck.

Wie weit reicht die Satzungsgewalt einer Körperschaft (universitas)? Bartolus war es, der die Unterscheidung machte, ob es sich um eine Satzung für Regelung des bürgerlichen Gemeinlebens (statutum pertinens ad causarum decisionem) oder um eine Satzung lediglich für Regelung des Körperschaftslebens (statutum pertinens ad administrationem rerum ipsius universitatis) handle. Diese letztere Satzungsgewalt gebührt jeder Körperschaft als solcher, während jene erstere nur denjenigen Verbänden zukommt, welche jurisdictio (d. h. obrigkeitliche Gewalt) besitzen. Zuerst durch diese Unterscheidung des Bartolus trat der Begriff der staatlichen Regierungsgewalt im Gegensatz

zu blofser Vereinsgewalt, der Unterschied der Gesetzgebung und blofser Selbstverwaltung in klares Licht[12]. Welche reiche Quelle weittragender Folgesätze![13] Wie weit andererseits erstreckt sich die Geltung inländischen und ausländischen Rechts? Wie weit ist bei uns ausländisches Recht anzuwenden? Für diese Frage der sogenannten Statutenkollission hat Bartolus, wiederum als erster, die Unterscheidung der Rechtssätze nach ihrem Inhalt eingeführt, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob der Rechtssatz circa rem oder circa personam oder über die sollemnitas actus verfüge[14] (daraus ging dann die spätere Lehre von Personal-, Real- und gemischten Statuten hervor) — eine Unterscheidung, die noch heute zu einem sehr erheblichen Teile dem „internationalen Privatrecht" der ganzen abendländischen Kulturwelt zugrunde liegt.

Das von den Kommentatoren behandelte römisch-kanonische Recht erfüllte sich unter ihren Händen mit einem gedanklichen Inhalt, der ihm die unbedingte geistige Übermacht über jedes andere damals lebende Recht sicherte. Erst durch diese Definitionen und Distinktionen der Kommentatoren erlangte das „gemeine" Recht die innere Gewalt, durch welche es, das Statutarrecht zu Boden drückend, in wirklich geltendes gemeines Recht sich verwandelte, Die Begriffe des gemeinen Rechts siegten über das Partikularrecht. Allsiegerin ist die Idee.

Ideen aber haben etwas Gemeingültiges. Der Begriff der Korporation, des Personalstatuts usw. mufs überall von gleicher Wahrheit sein. Wie die Scholastik des Mittelalters eine Art der Philosophie, so war die Wissenschaft der Kommentatoren eine Art philosophischer Jurisprudenz. Der (bereits aus dem Altertum stammende) Gedanke eines Naturrechts, eines

---

[12] Vgl. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 387.

[13] So ergab sich z. B. folgeweise der Gegensatz des staatlichen Besteuerungsrechtes und des korporativen Umlagerechts. Auch hier machte Bartolus als erster die Unterscheidung (Gierke S. 389). Die Distinktionen des Bartolus beherrschten dann die ganze folgende Entwickelung, vgl. Gierke S. 456 ff.

[14] Vgl. F. Meili, Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat- und Strafrecht, 1894, insbesondere S. 17. 21. 22. 24. 29. 30 (Bartolus), S. 45 (Baldus).

ewigen, durch die Vernunft (das bloſse Denken) aus der „Natur der Sache“ zu entdeckenden gemeingültigen, unverbrüchlichen Rechts ist darin[15]. Die philosophische, naturrechtliche Art der Rechtswissenschaft hat bis in den Anfang des 19. Jahrhunderts (v. Savigny) allein die führende Gewalt besessen. Sie trägt etwas Unzerstörliches in sich. Sie strebt von dem stets unvollkommenen Recht der Gegenwart mit Naturdrang dem Rechte zu, das in den Sternen geschrieben ist. Was Wunder, daſs sie damals, als sie durch die Kommentatorenjurisprudenz zum ersten Male mit Macht auftrat, die Welt sich unterwarf!

Während das römische Recht im oströmischen Reich zu einem nur noch notdürftig das Leben fristenden Landrecht der Hellenen entartete, erfüllte es sich im Abendlande mit neuer Herrscherkraft. Das Hauptwerk hatten die Kommentatoren getan. Indem sie an der Hand des römischen Rechts ihre wissenschaftlichen Begriffe entwickelten, gaben sie dem römischen Recht in der Gestalt, die sie ihm verliehen, die Eigenschaft eines wissenschaftlich abgeleiteten Naturrechts, und damit eines Rechts, welches nicht bloſs in Italien, sondern überall die Geltung als gemeines Recht begehrte. Durch die Kommentatoren ward das römische Recht zum zweiten Male Weltrecht. Zur Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland war alles bereit gemacht.

§ 28.

Das Pandektenrecht in Deutschland.

Der bedeutendste und einfluſsreichste unter den Kommentatoren ist Bartolus (nach ihm sein Schüler Baldus) ge-

[15] Den Römern erschien ihr jus gentium als das Vernunftrecht, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, vgl. Gajus in l. 9 D. de just. 1, 1 (der bei Ulpian in l. 1 § 3. 4 eod. begegnende Begriff des jus naturale, quod natura omnia animalia docuit, ist eine bloſse Spielerei). Dem Mittelalter ist jus naturale das göttliche Recht, die lex aeterna, die ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens, so daſs alles positive Recht daran gebunden und daraus abzuleiten ist: omnis lex a lege aeterna derivatur (Thomas v. Aquino). Vgl. Gierke a. a. O. S. 610. Hinschius, Kirchenrecht, Bd. 3 (1883), S. 730. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1 (1892), S. 157. — Raimundus Lullus (starb 1315), einer der Vorläufer der Kommentatoren, wollte jus positivum ad jus naturale reducere (v. Savigny, Geschichte, Bd. 5, S. 642).

wesen. Fast überall machen seine Schriften für die Entwickelung der juristischen Begriffe den entscheidenden Einschnitt. Nicht Irnerius, noch einer der Glossatoren, sondern Bartolus steht im Mittelpunkt der mittelalterlichen Weltrechtsgeschichte. Seine Kommentare unterwarfen sich die Praxis. Sie wurden in Spanien und Portugal geradezu als Gesetz aufgenommen[1]. Er war der vornehmste Schöpfer des gemeinen italienischen Rechts. Er ist auch der vornehmste Schöpfer des durch die Rezeption erzeugten gemeinen deutschen Rechts gewesen. In Frankreich zwar trat im 16. Jahrhundert eine Gegenbewegung gegen die Jurisprudenz des Bartolus ein: eine französische historische Rechtsschule, der die glänzenden Namen des Cujacius und Donellus angehören, kehrte von der Scholastik zum reinen römischen Recht zurück, mehr antiquarisch-philologischer Gelehrsamkeit als dem praktischen Leben zugewandt, aber dem ursprünglichen Geist der römischen Juristen eine wissenschaftliche Auferstehung bereitend. Den französischen Anregungen folgte im 17. und 18. Jahrhundert die gleichfalls mehr „elegante" als praktische Jurisprudenz der holländischen Rechtsschule (von deren Vertretern Voet und Bynkershoek genannt werden mögen). In Deutschland aber (wo Ulrich Zasius, der im Anfang des 16. Jahrhunderts gleichfalls eine humanistisch-historische Richtung vertrat, ohne Nachfolger blieb) behauptete sich die Herrschaft der italienischen Juristen. Nicht das Corpus juris als solches wurde in Deutschland als geltendes Gesetzbuch aufgenommen. In Wahrheit wurden die Kommentare des Bartolus (und Baldus) bei uns gemeinrechtlich rezipiert.

Das römische Recht ist daher nicht in seiner reinen, sondern in der veränderten Gestalt zu uns gekommen, die ihm die Glossatoren und Kommentatoren gegeben haben. Mit dem römischen kam das kanonische Recht und das lombardische Lehnrecht (die libri Feudorum, oben S. 154), alles in der Art, die es von der italienischen Rechtslehre empfangen hatte. Die nicht glossierten Stücke des Corpus juris wurden auch in Deutschland nicht angewandt[2]. Eine das aufgenommene römi-

---

[1] Vgl. v. Savigny, Geschichte, Bd. 6, S. 154.

[2] Daraus entwickelte sich dann seit dem Ausgang des 17. Jahrhunderts

sche Recht weiter umbildende und ergänzende Rechtsentwickelung kam in Deutschland selbst hinzu. Die Rechtsprechung des Reichskammergerichts hatte die Führung. Mit ihr im Bunde standen die juristischen Schriftsteller, die „Praktiker“ („Kameraljuristen“) des 16. und 17. Jahrhunderts, unter denen im 16. Jahrhundert Mynsinger und Gail, im 17. Jahrhundert Benedikt Carpzow, der berühmteste unter den „sächsischen Praktikern“ (schrieb eine Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica), und Mevius (schrieb einen romanisierenden Kommentar zum lübischen Stadtrecht) hervorragten. Das auf der Rezeption beruhende gemeine deutsche Privatrecht ward ein modernisiertes, germanisiertes (italienisches) Pandektenrecht[8]. Seine Kraft war vor allem die deutsche Rechtswissenschaft, die bis in das 17. Jahrhundert so gut wie ausschliefslich (auf dem Gebiet des Privatrechts) Pandektenwissenschaft war.

Der entscheidende Vorgang für die Aufnahme der fremden „Rechte“ (des römischen, kanonischen, lombardischen Rechts) ist die Reichskammergerichtsordnung von 1495 gewesen. Sie wies das damals neu geschaffene Reichskammergericht an, zu „richten nach des Reichs gemeinen Rechten, auch nach redlichen, ehrbaren und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstentumb, Herrschaften und Gericht, die für sie bracht werden“. Das Reichskammergericht hatte grundsätzlich nach des „Reiches gemeinen Rechten“, d. h. nach dem römischen Recht (in der ihm jetzt von den Kommentatoren gegebenen Gestalt) zu urteilen; nach deutschem Recht nur ausnahmsweise. Das liegt in der hochbedeutsamen Wendung: „die für sie bracht werden“. Die partikulären (d. h. die deutschen) „Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten“ sollen für das Reichskammergericht nur dann beachtlich sein, wenn sie vor das Reichskammergericht „gebracht“, d. h. dem Reichskammergericht

---

der Rechtssatz: Quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia. Landsberg, Über die Entstehung der Regel: Quidquid non agnoscit glossa (1880).

[8] Seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts kommt daher für das gemeine deutsche Privatrecht der Ausdruck Usus modernus Pandectarum (auch Usus modernus schlechtweg) in Gebrauch. Die berühmtesten Vertreter des Usus modernus waren im 18. Jahrhundert Stryck, J. H. Böhmer, Leyser.

bewiesen werden. Wer sich auf das römische Recht berief, hatte, wie man später sich ausdrückte, „fundatam intentionem“, d. h. die Geltung des römischen Rechts brauchte nicht bewiesen zu werden: sie verstand sich von selber, sie hatte die Vermutung für sich. Das römische Recht war, wie man später zu sagen pflegte, „in complexu“ rezipiert (dieser Satz ist unmittelbar in jener Verfügung der R.K.G.O. ausgesprochen): es galt als Ganzes, es galt in allen seinen Teilen, soweit nicht der Gegenbeweis erbracht werden konnte. Aber wer sich auf deutsches Recht berief, der hatte die Beweislast: er mufste dem Gericht dartun, dafs dieser Satz an jenem Ort wirklich in Geltung sei[4]. Die Beisitzer des Reichskammergerichts waren nicht verpflichtet, das deutsche Recht zu kennen, denn das deutsche Recht war vielgestaltiges Partikularrecht. Sie kannten von Amts wegen nur das fremde Recht, das „gemeine“ Recht des Reiches. Wie sollte das deutsche Recht bewiesen werden? Soweit das Partikularrecht in „Ordnungen“ oder „Statuten“ verzeichnet war, mochte der Beweis leicht sein[5]. Der weitaus gröfste Teil des deutschen Rechts aber lebte als ungeschriebene „Gewohnheit“. Das Gewohnheitsrecht mufs dem Richter bewiesen werden. So lautete früher die allgemein herrschende Lehre: die oben angezogene Verfügung der R.K.G.O. spricht sie aus. Sie bedeutete praktisch, dafs die Geltung des deutschen Rechts in Deutschland des Beweises bedürftig sei! Welche Schwierigkeiten

---

[4] Vgl. Brie, Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht (Festgabe für Dahn 1905) S. 159 ff. Wegen der Schwierigkeiten des Beweises verlangten die braunschweigisch-lüneburgischen Landstände gegen Ende des 16. Jahrhunderts die Feststellung „einiger Gewohnheiten aus dem Sachsenrechte“ durch landesherrliches Gesetz, Joh. Merkel, Der Kampf des Fremdrechtes mit dem einheimischen Recht in Braunschweig-Lüneburg (1904) S. 78. 79.

[5] Daher die Widerstandskraft des durch Stadtrechtsaufzeichnungen beurkundeten Stadtrechts, z. B. des lübischen Rechts, gegen das eindringende römische Recht, aber auch dieser Schutz reichte nur soweit als der Buchstabe der Rechtsaufzeichnung ging. Die kursächsischen Konstitutionen und die Schriften der sächsischen Praktiker waren (in gewissen Grenzen) der Schutz des „gemeinen Sachsenrechts“ in den sächsischen Landen, aber in Braunschweig-Lüneburg ging, mangels gesetzgeberischer Aufzeichnung, das gemeine Sachsenrecht im 17. Jahrhundert zugrunde, Joh. Merkel a. a. O. S. 44. 45. 84. 85.

mufste der Nachweis partikulären Gewohnheitsrechtes mit sich bringen! Die Verteilung des Beweises zu Lasten des deutschen Rechts bedeutete an sich bereits, dafs dem deutsch-einheimischen Recht die Axt an die Wurzel gelegt war. Und wenn das Partikularrecht bewiesen ward, hatte es dann zu gelten? Keineswegs! Dann erhob sich die Frage, ob es auch „redlich, ehrbar und leidlich“ sei. Und es unterliegt keinem Zweifel, dafs den römisch-rechtlich gebildeten Männern von damals (wie unter Umständen noch unseren heutigen Juristen) das deutsche Recht häufig genug ein unleidliches Recht dünkte[6]. Wie die italienischen Juristen über die Statuten (oben S. 159), gerade so urteilten die deutschen Juristen über die Partikularrechte. Das römische Recht erschien als das vernünftige, naturrechtliche, das deutsche aber als das unvernünftige Recht! Warum? Weil die innere Vernunft des deutschen Rechts noch durch keine Rechtswissenschaft enthüllt war!

So blieb in der Regel von den deutschen Partikularrechten nur übrig, was unmittelbar durch einen zwingenden Gesetzesbuchstaben gedeckt war. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung waren gegen das deutsche Recht. Allein das gemeine Recht war mit einer Wissenschaft gerüstet. Allein dem römischen Recht stand die Macht des Gedankens, des die Rechtsprechung unwillkürlich beherrschenden juristischen Begriffs zur Seite. Die Partikularrechte Deutschlands wurden geradeso wie die Statuten Italiens nach Mafsgabe der gemeinrechtlichen Begriffe gehandhabt. Die Partikularrechte hatten zwar grundsätzlich den Vorrang vor dem gemeinen Recht. Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht. Geltendes Recht sollte in Geltung bleiben! Aber die Partikularrechte wurden auch in Deutschland „sterilisiert“[7]. Soweit nicht ein

[6] So behauptete in Göttingen (1590) eine Prozefspartei: wo Sachsenrecht in den Gerichten beobachtet werde, da sei summa iniquitas. Vgl. Joh. Merkel a. a. O. S. 72. 77. Auf seiner naturrechtlichen „Äquität“ ruhte der Einflufs, den das römische Recht auch auf die Gesetzgebung übte.

[7] Vgl. oben S. 161 Anm. 8. Auch die deutschen Juristen lehrten, dafs örtliche Statuten und Gewohnheiten (d. h. die Partikularrechte) strictissime interpretari debent, ut quam minime laedant jus civile et recipiant interpretationem passivam a jure communi, vgl. Joh. Merkel S. 76; Brie S. 156.

zweifelloser Buchstabe des Partikularrechts da war, trat das gemeine Recht ein. Erst dadurch, dafs man den Geist der Partikularrechte vernichtete, sind die deutschen Orts- und Landrechte lückenhaft geworden. Die Aufnahme des fremden Rechts geschah durch Zerstörung des deutschen Rechts. Die Zerstörung aber ist vor allem durch die Macht der Wissenschaft bewirkt worden, durch die naturrechtliche Gewalt, die dem mit der neu aufgekommenen Wissenschaft verbündeten Recht inne wohnte.

Das praktische Bedürfnis, welches die Bewegung unwiderstehlich machte, war das Verlangen nach einem „gleichmäfsigen", d. h. einem einheitlichen Recht[8]. Die örtliche Verschiedenheit des Rechts war gegen Ende des Mittelalters ins Unerträgliche gesteigert. Jede Stadt, jedes Amt, ja unter Umständen jedes Dorf hatte sonderliches Recht. Am schlimmsten wirkte die Rechtszersplitterung auf dem platten Lande, dessen Ortsrechte vielfach aufserhalb des Dorfzauns unbekannten Inhalts waren. Zahllose Rechtsstreitigkeiten waren die Folge. Der Garten des deutschen Rechts war verwildert. Dornröschen schlief in der Mitten. Es hatte an der Zucht einer starken Staatsgewalt gefehlt. Kein Königssohn war gekommen! Aufgabe des Kaisertums wäre es gewesen, gleich den Königen von Frankreich und England im 14. und 15. Jahrhundert durch Rechtsprechung und Gesetzgebung auf dem Boden des einheimischen Rechts dem werdenden einheitlichen Volk ein einheitliches nationales Recht zu schaffen. Aber gerade zur entscheidenden Zeit war die Kraft des deutschen Kaisertums im Interregnum gebrochen worden. Das deutsche Recht blieb sich selber überlassen. Daher seine Auflösung in unzählige Ortsrechte. Aber das geldwirtschaftliche Zeitalter war herangekommen und der geldwirtschaftliche Verkehr verabscheut die Rechtsverschiedenheit. Ein einheitliches, all die Ortsrechte auslegendes, ergänzendes, zusammenzwingendes Recht war in den Territorien, ja im Reich notwendig. Aus dem deutschen Recht konnte es nicht gewonnen werden. Niemand

---

[8] Vgl. zu dem Folgenden die lehrreichen Ausführungen von v. Below, Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (1905) S. 137 ff.

war des deutschen Rechtes Meister. So trat das neu entdeckte Naturrecht, das „Kaiserrecht", das römische Recht ein, die Herrschaft über all die Ortsrechte anzutreten. Auf den Fall des deutschen Kaisertums im 13. Jahrhundert folgte nunmehr im 16. Jahrhundert der Fall des deutschen Rechts.

Das 16. und 17. Jahrhundert war das Zeitalter der Rezeption. Das fremde Recht war in dieser Zeit der angreifende Teil. Es äufserte seine Macht durch die Umgestaltung der deutschen Gerichte. Das Reichskammergericht ward schon 1495 zur Hälfte (später ganz) mit Rechtsgelehrten (Doktoren) besetzt. Es übte den stärksten Einflufs im Sinne der Rezeption[9]. Die landesherrlichen Hofgerichte folgten im 16. Jahrhundert seinem Beispiel[10]; die untersten Gerichte sind zum Teil im 16., zum Teil erst im 17. Jahrhundert (regelmäfsig durch Untergang der alten Schöffengerichte und Verdrängung derselben durch den Verwaltungsbeamten, den „Amtmann") in die Gewalt des römischen Rechts gelangt[11]. Der fortschreitenden Änderung der Gerichtsverfassung entsprach die fortschreitende Zerstörung deutschen Rechts. Der gelehrte Richter hatte nur das fremde Recht studiert.

Erst im Laufe des 17. Jahrhunderts setzt eine neue Bewegung ein. Die Wissenschaft änderte ihre Stellungnahme. Die Vernunft einer neuen Zeit trat dem Überlieferten entgegen. Eine neue Naturrechtswissenschaft kam auf, die Wissenschaft der „Aufklärung". Der Holländer Hugo Grotius (de jure belli ac pacis 1625) begründete sie im 17. Jahrhundert. Im 18. Jahrhundert erlangte sie die Herrschaft über den Geist der Zeit. Ihre Macht war der Individualismus im Sinne unserer Gegenwart. Sie verlangte Freiheit für die Kräfte des Einzelnen:

---

[9] Vgl. v. Below a. a. O. S. 35 ff. 122 ff.

[10] Vgl. v. Below S. 128 ff. Rostock und Wismar behielten den Rechtszug nach Lübeck und blieben dadurch beim lübischen Recht; die übrigen mecklenburgischen Städte wurden gleich dem platten Lande dem landesherrlichen Hofgericht und damit dem fremden gemeinen Recht unterworfen, Böhlau, Mecklenburgisches Landrecht, Bd. 1, S. 117 ff. 144 ff.; v. Below a. a. O. S. 95. 148.

[11] Vgl. A. Stölzel, Die Entwickelung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien, 2 Bde., 1872.

Beseitigung der aus dem Mittelalter überlieferten gebundenen Grundbesitz- und Gewerbeverfassung, Freiheit des religiösen Denkens, Freiheit der Wissenschaft. Ihre Ideale sind noch heute mächtig. Auch das geltende Pandektenrecht ward an der Hand des neuen Naturrechts einer schneidigen Kritik unterzogen (Thomasius, Christian Wolf). Die Gesetzgebung empfing ein neues grofses Ziel: das überlieferte Recht durch ein „vernünftiges“ Recht im Sinne der Gegenwart zu ersetzen. Das alternde Reich war nicht mehr imstande, der aufsteigenden Bewegung zu folgen. Aber die Landesgesetzgebung erhob sich, um unter dem Schutt der Vergangenheit aufzuräumen. Eine immer stärker anschwellende Gegenbewegung der Landesrechte gegen das gemeine römische Recht trat auf den Plan. Auch das Pandektenrecht erschien als Schutt! Für den neuen Most galt es neue Schläuche. Die Gegenwart befreite sich von der Vergangenheit. Das Naturrecht erzeugte die Kodifikationsbewegung, die bereits im 18. Jahrhundert machtvoll einsetzte (oben § 3). Die Zeit des aufgenommenen fremden Rechtes ging dahin.

Gleichzeitig hatte sich (seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts) eine Wissenschaft des „deutschen Privatrechts“ neben die Pandektenwissenschaft gestellt (oben S. 4). Das noch am Leben gebliebene deutsche Partikularrecht ward seines geistigen Inhalts sich bewufst: den Begriffen des Pandektenrechts stellten sich, gleichgerüstet, aus dem deutschen Recht geschöpfte Begriffe in Schlachtordnung gegenüber.

In diese Zeit, da das Pandektenrecht auf allen Seiten von mächtigen Feinden bedroht war, fiel die durch v. Savigny herbeigeführte[12] Neugeburt unserer Pandektenwissenschaft, die dem Pandektenrecht endgültig den Untergang bringen mufste. Das Auftreten v. Savignys ist ein Teil jener grofsen „romantischen“ Bewegung, die im Anfang des vorigen Jahrhunderts die Philosophie der Aufklärung enttronte, um an ihrer Stelle das Gegebene, Positive, Unerklärliche (Romantische), Geschichtliche in die Herrschaft über die Gegenwart einzusetzen.

---

[12] Als Vorläufer Savignys ist Hugo zu nennen. Joh. Merkel, Gustav Hugo (Festrede. Göttingen 1900).

Savigny gründete die sogenannte historische Rechtsschule. Er lehrte das Recht als ein Erzeugnis der Volksgeschichte verstehen, das nicht beliebig gemacht werden kann, noch je gemacht wurde, das vielmehr mit innerer Notwendigkeit („organisch") geworden ist, um sich ebenso aus inneren Kräften heraus weiter zu entwickeln[13]. Während die naturrechtliche Lehre die Segel der Gesetzgebung mächtig geschwellt hatte, war es von Savignys Standpunkt aus zum mindesten höchst fragwürdig, ob unsere Zeit überhaupt den „Beruf zur Gesetzgebung" empfangen habe. Das Unvollkommene jedes Gesetzesrechtes ward von Savigny stark empfunden und kräftig ausgesprochen. Aber er selber ist später in Preufsen (1842) Gesetzgebungsminister geworden. Der Beruf zur Gesetzgebung ruht nicht in unseren Fähigkeiten, sondern in den praktischen Notwendigkeiten des Volkslebens.

Die vornehmste praktische Wirkung hat v. Savigny durch sein klassisches Werk über den Besitz geübt[14]. In diesem Buche gab er zum ersten Male eine Darstellung des römischen Besitzrechts „unmittelbar aus den Quellen", d. h. aus dem Corpus juris. Das bis dahin in Deutschland gemeinrechtlich geltende Besitzrecht des Usus modernus war ein ganz anderes als das römische. Das kanonische Recht (actio spolii), die gemeinrechtliche Lehre und Praxis hatten dem gemeinen Besitzrecht Deutschlands eine vom römischen Recht selbst in den Grundgedanken durchaus abweichende Gestalt gegeben. Jetzt trat durch Savignys Schrift das reine römische Besitzrecht auf den Plan, in vollendeter Darstellung, in welcher der Glanz Savignyschen Geistes mit der Kraft römischer Jurisprudenz sich vermählte. Solch Gemälde vom römischen Recht hatte die Welt noch nicht gesehen. Ein Zauber ging von dem Buche aus. Alles fiel ihm zu. Fast mit einem Schlage brach das überlieferte Besitzrecht des Usus modernus vor dem Andrang des genialen Werkes zusammen. Die Rechtswissenschaft Deutschlands erlebte einen völligen Umschwung. Vom Usus modernus ging sie mit

---

[13] v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1814.

[14] v. Savigny, Das Recht des Besitzes, 1. Aufl. 1803.

heifser Begier zum reinen römischen Recht des Corpus juris über, um sich an den edlen Linien des klassischen römischen Rechts forschend zu begeistern. Jetzt erst ward durch eine Reihe von hervorragenden Werken das römische Recht in seiner vollendeten Urgestalt zu lebendiger, für uns wirkungsfähiger Anschauung gebracht, und was am Usus modernus nicht marmorn, antik war, ging in gewaltiger Feuersbrunst zugrunde. Den Höhepunkt dieser Entwickelung bezeichnet v. Savignys „System des heutigen römischen Rechts" und Puchtas klassisches Pandektenwerk. Dann trat eine Gegenbewegung zugunsten des Usus modernus (Bruns, Recht des Besitzes, 1848), in neuerer Zeit zugunsten heutiger Rechtsbedürfnisse und Rechtsanschauungen ein (Jhering, Windscheid, Bekker, Dernburg). Doch konnte das Zerstörungswerk Savignys und seiner historischen Schule nicht oder nur unvollkommen rückgängig gemacht werden. Der Usus modernus, das im Sinne einst des italienischen, dann des deutschen Rechtslebens umgestaltete Pandektenrecht, war dahin. Das reine Pandektenrecht trat, mit wenig Abschwächungen, an seine Stelle. Die Pandektenwissenschaft Deutschlands trug ungeahnte Triumphe davon, aber dem Pandektenrecht war durch die Rückwendung zu den „Quellen" die praktische Lebenskraft genommen worden. Dies neue „Pandektenrecht" war und blieb eine unübertreffliche Schule des juristischen Geistes, aber es war zu sehr der Vergangenheit Roms zugewandt, um ferner als geltendes Recht die Gegenwart Deutschlands zu beherrschen. Das Pandektenrecht hatte seine Arbeit getan. Es mufste gehen, um dem Recht des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches Platz zu machen.

So stehen wir heute. Die rechtsverbindliche Kraft des Corpus juris civilis ist dahin, aber das Studium des Corpus juris civilis wird nicht untergehen. Das System des römischen Privatrechts ist als Gesetzeswerk sterblich gewesen; als Kunstwerk wird es unvergänglich sein.

Zweiter Teil.

System des römischen Rechts.

§ 29.

Das System des Privatrechts.

Auf dem privaten Vermögen beruht die private (eigennützige) Freiheit der Privatperson und ihrer Familie (vgl. oben § 7). Im Mittelpunkt des Privatrechts steht das Vermögensrecht.

Person im Sinne des Privatrechts ist ein vermögensfähiges Subjekt. Mit der Vermögensfähigkeit ist die private Rechtsfähigkeit gegeben, deren Verwirklichung die Rechtsgeschäfte dienen, deren Schutz durch den Rechtsschutz, d. h. durch den Schutz der erworbenen Privatrechte vermittelt wird. Diese Sätze bilden den Inhalt des Personenrechts oder, wie es gewöhnlich heifst (so auch im B.G.B.), des allgemeinen Teils, mit dem das System des Privatrechts sich eröffnet. Der „allgemeine Teil" handelt von dem Wesen der Privatperson: von ihrer Rechtsfähigkeit, ihren Rechtsgeschäften, ihrem Rechtsschutz.

Auf die Lehre von der Privatperson folgt die Lehre von den Privatrechten.

Die Privatrechte sind einerseits Vermögensrechte, andererseits Rechte personenrechtlicher Natur.

Den Vermögensrechten ist das zweite Glied des Systems gewidmet: das Vermögensrecht. Das Wesen der Vermögensrechte ist ihre Verfügbarkeit. Sie sind Gegenstand willkürlicher Begründung, Übertragung, Belastung. Sie werden verkehrsmäfsig erworben, veräufsert, aufgegeben. Sie sind die Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs und heifsen darum im B.G.B. „Gegenstände" schlechtweg[1]. Die Verfügungs-

[1] Von dem Wesen der Vermögensrechte und ihrem Gegensatz zu den personenrechtlich gearteten Rechten habe ich zu handeln gesucht in einer kleinen Schrift: „Der Gegenstand, ein Grundbegriff des bürgerlichen Ge-

gegenstände fallen mit den Vermögensgegenständen zusammen. Nur die verfügbaren Rechte[2] sind Vermögensrechte (frei verwertbare Macht). Nur aus ihnen besteht das Vermögen im Rechtssinne (z. B. im Konkursfall). Die Vermögensrechte teilen sich in zwei Gruppen. Sie erscheinen einerseits in der Form der Herrschaftsberechtigung (Sachenrechte, an ihrer Spitze das Eigentum), andererseits in der Form bloſser Anspruchsberechtigung (Forderungsrechte). So zerfällt das Vermögensrecht in zwei Glieder: Sachenrecht und Obligationenrecht.

Die personenrechtlich gearteten Rechte führen die Herrschaft auf dem Gebiet des Familienrechts und des Erbrechts (drittes Glied des Systems). Diese Rechte sind unveräuſserlich. Ihr Wesen ist die Unverfügbarkeit. Sie stehen auſserhalb des Verkehrs (sie sind keine „Gegenstände"). Sie sind kein freies Vermögen. Sie hängen an bestimmten Eigenschaften der Person (z. B. an der Eigenschaft als Ehemann, als Vater) und dienen, diese Eigenschaft geltend zu machen. Mit dieser Eigenschaft entstehen sie und vergehen sie. Von dieser Eigenschaft sind sie untrennbar (daher die Unverfügbarkeit): nur der Ehemann kann die ehemännliche, nur der Vater kann die väterliche Gewalt besitzen. Mit den personenrechtlichen Rechtsverhältnissen sind bestimmte güterrechtliche Wirkungen auf das Vermögen der beteiligten Person gegeben. Aber auch diese Rechte des personenrechtlichen Güterrechts (z. B. die Nutznieſsung des Vaters am Kindesgut), sind unveräuſserlich, unverfügbar, gehören nicht zum Vermögen des Berechtigten (z. B. im Konkursfall), sind nicht vermögensrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur. Ein Teil des Familiengüterrechts ist das Erbrecht: es

---

setzbuchs" (1905) und in einem ergänzenden Aufsatz in Kohlers Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 28, S. 173 ff. (1906). Dagegen: Binder, Der Gegenstand, in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 59, S. 1 ff.

[2] Verfügbare Rechte sind die veräuſserlichen Rechte (Eigentum, Forderungsrechte) und ihre Tochterrechte. Die Rechte an fremder Sache sind Tochterrechte des Eigentums und darum gleichfalls verfügbare Rechte, Vermögensrechte (durch Verfügungsgeschäft kann über ihre Aufhebung, über ihren Inhalt bestimmt werden), obgleich sie zum Teil (so die Servituten, das Pfandrecht) unveräuſserliche, wenigstens nicht selbständig veräuſserliche Rechte sind. Sie teilen die vermögensrechtliche Natur des Eigentums, von dem sie abstammen.

regelt die Wirkung des Familienverbandes auf den Nachlaſs. Der Erbe gewinnt infolge seines Erbrechts Vermögensrechte (z. B. das Eigentum des Erblassers), aber sein Erbrecht selber ist kein Vermögensrecht, sondern ist personenrechtlich geartet. Es ist unveräuſserlich, unverfügbar. Es macht die Eigenschaft eines Familienangehörigen bzw. eines vom Erblasser den Familienangehörigen Gleichgesetzten geltend. Von dieser Eigenschaft ist es untrennbar.

Das Vermögen ist die privatrechtliche Schöpfung des Rechtssubjekts und das Vermögensganze ein Zubehör der Person. Darum steht das Vermögen unter dem Einfluſs der persönlichen Rechtslage seines Trägers. Die personenrechtlichen Rechtsverhältnisse erstrecken ihre Wirkung auf das Vermögen. Das ist der Sinn des Familiengüterrechts, auch des Erbrechts.

So entwickelt das System des Privatrechts die Lehre vom Rechtssubjekt (erstes Buch), von den einzelnen Vermögensrechten (zweites Buch) und von den personenrechtlichen Rechten mit ihrer Machtwirkung auf das Vermögensganze (drittes Buch: Familienrecht und Erbrecht). Das Thema des Privatrechts ist die eigennützige Freiheit des Einzelnen, sich entfaltend in Rechten vermögensrechtlicher und in Rechten personenrechtlicher Natur.

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

(Die Privatperson.)

Erstes Kapitel.

Die Rechtsfähigkeit.

§ 30.

Begriff und Arten der Person.

Eigentum, Forderungsrechte, Schulden haben können, das heifst für das Privatrecht: Person sein. Person im Sinne des Privatrechts ist ein vermögensfähiges Subjekt.

Es gibt zwei Arten von Personen (im Sinne des Privatrechts): natürliche (physische) und juristische Personen. Eine natürliche Person ist der vermögensfähige Mensch; eine juristische Person ist ein vermögensfähiges Subjekt, welches nicht Mensch ist (z. B. der Staat, die Stadtgemeinde).

Die zwei Arten von Personen bedeuten praktisch zweierlei Arten von Vermögen.

Das Vermögen der natürlichen Person (des einzelnen Menschen) dient den Zwecken des Individuums, ist individualistisches Alleinvermögen eines einzigen, Privatvermögen im vollen Sinne des Wortes: es ist nur für diesen einen da, nicht für andere, ist allen übrigen entzogen. Das Eigentum der natürlichen Person ist darum das Privateigentum, gegen welches die Angriffe auf das Eigentum („Eigentum ist Dieb-

stahl!") sich richten. Als ob das Privateigentum wirklich in Widerspruch mit den Interessen der Gesamtheit stünde! Welcher Irrtum! Das Privateigentum nimmt, aber es gibt hundertfältig wieder. Das Privateigentum ist der Boden, auf dem die freie, sich selbst gehörende Persönlichkeit erwächst. Persönlichkeit zu werden, ist das Ziel des Menschen, Persönlichkeiten hervorzubringen, der Sinn der Menschheitsgeschichte. Und in den freien Männern, die ein Volk besitzt, liegt die nach aufwärts strebende Kraft, die alle mit sich emporträgt. Das Einzeleigentum hilft die Freiheitsluft erzeugen, ohne welche die volle Entfaltung der sittlichen, geistigen, wirtschaftlichen Kräfte der einzelnen, ohne welche zugleich die sieghafte Entwickelung der Volksgesamtheit unmöglich ist. Das Einzeleigentum dient nicht blofs seinem Eigentümer; es trägt, dem Riesen Christophorus vergleichbar, mit dem Eigentümer zugleich den höchsten Herrn dieser irdischen Welt, das Volk, auf starkem Nacken durch die Flut des Lebens.

Das Vermögen der juristischen Person hat dagegen, praktisch angesehen, nicht den individualistischen Zug, der das Vermögen des einzelnen Menschen kennzeichnet. In der Gestalt der juristischen Person (z. B. Staat, Gemeinde, Universität) vermag vielmehr die Gesellschaft aufzutreten, um für die Zwecke der Gesamtheit gleichfalls Vermögen in Anspruch zu nehmen. In der Rechtsform des Vermögens der öffentlichen juristischen Personen erscheint das soziale Vermögen, das allen zugutekommende Vermögen, welches, dem wirtschaftlichen Erfolge nach, kein Privatvermögen, kein Privateigentum in dem Sinne wie das Eigentum der natürlichen Person bedeutet. Das Vermögen der juristischen Personen ist imstande, öffentliches Vermögen zu sein, im Gegensatz zum Vermögen der natürlichen Person, dem eigentlichen Privatvermögen.

Die Welt des wirtschaftlichen Lebens darf der einzelne nicht ausschliefslich für sich in Anspruch nehmen. Die scharfen Schatten, welche das Privateigentum (der natürlichen Person) durch die notwendig ungleiche (aber doch nicht unveränderliche) Verteilung der wirtschaftlichen Güter auf das Volksleben wirft, sollen auch dadurch gemildert werden, dafs ein gewisses Mafs des nationalen Vermögens der Gesellschaft, der Gesamt-

heit, allen unentziehbar verbleibt (um die hierbei einzuhaltende Grenze dreht sich der Kampf in der Geschichte). Zu diesem Zwecke tritt der natürlichen die juristische Person gegenüber. Die Gesellschaft erhebt sich, um sich der Alleinherrschaft des Individuums zu widersetzen. Immer fordert das individualistische Prinzip seine Ergänzung durch das sozialistische, das Privatvermögen seine Ergänzung durch öffentliches Vermögen. So fordert die natürliche Person, dafs ihr die juristische an die Seite trete.

I. Natürliche Personen.

§ 31.

Einleitung.

Die Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) des Menschen beginnt erst mit der vollendeten Geburt. Der Rechtssatz: nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodo ejus agitur, bedeutet nicht, dafs der nasciturus bereits rechtsfähig sei, sondern nur, dafs die Rechtsfähigkeit des natus (des lebendig Geborenen) unter Umständen zurückbezogen, d. h. nach einem Zeitpunkt bestimmt wird, in welchem er erst erzeugt (nasciturus), noch nicht geboren war. Das ist insbesondere für das Erbrecht von Bedeutung. Der Erbe mufs zur Zeit des Erbfalles bereits leben; es genügt jedoch, dafs er zur Zeit des Erbfalles erzeugt war. Das heifst: der natus (nicht der nasciturus als solcher) kann den Erblasser beerben, bei dessen Tode er nur erst nasciturus war (so beerbt das eheliche Kind seinen vor der Geburt des Kindes verstorbenen Vater). Mit Rücksicht auf seine künftige Rechts- und Erbfähigkeit kann dem nasciturus ein Pfleger bestellt werden, der seine Angelegenheiten schon jetzt wahrnimmt: curator ventris (vgl. B.G.B. § 1912), und kann seine Mutter (die mit einem künftigen Erben Schwangere) für die Zeit ihrer Schwangerschaft Unterhalt aus dem ihrem künftigen Kinde gebührenden Erbteil verlangen (vgl. B.G.B. § 1963), ein Anspruch, der nach römischem Recht durch ein Recht der Schwangeren auf Einweisung in den Besitz der Erbgüter (missio in possessionem ventris nomine) gesichert war.

L. 7 D. de statu hom. (1, 5) (PAULUS): Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.

B.G.B. § 1: Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt. § 1923: Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren.

Nach heutigem Recht ist jeder Mensch Person, d. h. rechtsfähig (frei), und ist die privatrechtliche Rechtsfähigkeit (Freiheit) aller Menschen grundsätzlich die gleiche. Erst eine lange Entwickelung hat zu diesem Recht der Gegenwart geführt. Das römische Recht steht noch auf einer weit älteren Bildungsstufe.

Nach römischem Recht gibt es Unfreie (Sklaven), d. h. Menschen, die rechtlich als Sachen behandelt werden, die deshalb nicht fähig sind, Träger eigener Rechte, sondern nur fähig sind, Gegenstand von Rechten zu sein. Nach römischem Recht ist ferner das Mafs der Rechtsfähigkeit auch für die Freien ein verschiedenes, je nach dem Bürgerrecht und je nach der familienrechtlichen Stellung. An der Hand des römischen Rechts unterscheiden wir demgemäfs drei status (d. h. Stufen der menschlichen Rechtsfähigkeit): den statuts libertatis (die Menschen sind entweder Freie oder Sklaven), den status civitatis (die Freien sind entweder Bürger von Rom oder Nichtbürger), den status familiae (der römische Bürger ist entweder paterfamilias oder filiusfamilias).

L. 11 D. de cap. min. (4, 5) (PAULUS): Tria sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam.

§ 32.
Der Sklav.

Die Sklaverei vernichtet den Adel der Persönlichkeit, sie setzt den Menschen rechtlich dem Tier gleich. Sklav ist ein Mensch, welcher rechtlich nicht Person, sondern Sache ist. Der Sklav ist der Willkür des Herrn preisgegeben; der Herr hat an ihm

Eigentum, dominium (Gewalt über den Leib des Sklaven). Trotzdem ist der Sklav der Träger einer natürlichen Persönlichkeit, und er ist auch vom römischen Recht in dieser Eigenschaft anerkannt worden. Der Sklav kann Rechtsgeschäfte abschliefsen, kann Vermögen seines Herrn selbständig verwalten (das sogenannte peculium, vgl. § 88), er kann Delikte begehen, ja, er kann nach der Lehre der klassischen Jurisprudenz durch die von ihm geschlossenen Kontrakte selber „naturaliter“ (d. h. ohne dafs eine Klage gegen ihn möglich wäre, vgl. § 76 a) verpflichtet werden[1]. Der Sklav ist Träger eines Willens, welcher nach Mafsgabe der soeben aufgeführten Rechtssätze auch seine rechtliche Geltung findet. Nur dafs der Wille, überhaupt die geistige Begabung des Sklaven von Rechts wegen grundsätzlich für den Herrn arbeitet. Der Herr hat an dem Sklaven nicht blofs Eigentum wie an einer Sache, sondern andererseits eine Gewalt ähnlich wie über seinen Sohn, die potestas dominica, d. h. auch eine Gewalt über den Willen des Sklaven. Alles, was der Sklav erwirbt, erwirbt er dem Herrn.

Im Gebiete des jus sacrum erschien der Sklav von vornherein in gewissen Grenzen als Person: Gelübde (votum) und Eid können den Sklaven den Göttern gegenüber gültig verpflichten; das Grab des Sklaven ist locus religiosus (§ 59 I a); der Sklav erscheint als Mitglied geistlicher Genossenschaften[2].

Dem Herrn gegenüber aber blieb es bei der völligen Rechtlosigkeit des Sklaven. Erst das Kaiserrecht hat allmählich eine Art von Sklavenschutzgesetzgebung geschaffen: die kaiserliche Rechtsprechung schritt ein, um den Sklaven gegen grundlose

[1] Aus Delikten des Sklaven haftet der Herr mit der Noxalklage (§ 86 Nr. 5); ist der Sklav freigelassen, so kann gegen ihn selber geklagt werden. Aus Kontrakten des Sklaven kann gegen den Sklaven selbst überall nicht geklagt werden, auch nicht gegen den freigelassenen Sklaven (nur gegen den Herrn, falls die Voraussetzungen einer actio adjecticia, vgl. § 88, vorliegen), doch entsteht eine naturalis obligatio servi (vgl. unten § 76 a), für die gültig Pfand und Bürgschaft bestellt und Zahlung geleistet werden kann (aus dem Pfandrecht und der Bürgschaft kann geklagt, das Gezahlte kann nicht zurückgefordert werden). Vgl. l. 14 D. 44, 7; l. 13 pr. D. 12, 6.

[2] Vgl. A. Pernice in den Sitzungsber. der Berliner Akad. d. Wiss., Bd. 51 (1886), S. 1173 ff.

Tötung und gegen unmenschliche Mifshandlung, die Sklavin gegen Prostitution zu schirmen (vgl. oben S. 122).

GAJ. Inst. I § 52: In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse: et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.

L. 1 § 8 D. de off. praef. urbi (1, 12) (ULPIAN.): Quod autem dictum est, ut servos de dominis querentes praefectus audiat, sic accipiemus: ... si saevitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant, si obscenitatem, in qua eos compulerint vel compellant, apud praefectum urbi exponant. Hoc quoque officium praefecto urbi a d. Severo datum est, ut mancipia tueantur, ne prostituantur.

GAJ. Inst. I § 53: . . . ex constitutione imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur quam qui alienum servum occiderit. Sed et . . . praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere.

Der Mensch wird Sklav entweder durch Geburt von einer unfreien Mutter (es genügt jedoch zu seiner Freiheit, wenn die Mutter während der Schwangerschaft auch nur einen Augenblick lang frei war) oder durch Strafurteil (servus poenae, z. B. infolge der Verurteilung zu den Bergwerken oder zum Tod durch wilde Tiere). Über den Fall der Kriegsgefangenschaft vgl. unten § 35.

Der Sklav wird frei durch die Freilassung (manumissio), d. h. durch positive Zuwendung der Freiheit seitens seines Herrn. Die blofse Preisgebung (Dereliktion) würde den Sklaven nicht zu einem Freien (einer Person), sondern nur zu einem herrenlosen Sklaven machen: der Sklav würde dann als res nullius dem Eigentum eines jeden Okkupanten verfallen (vgl. § 64).

Das altrömische Recht hat eine Reihe von Formen für die Freilassung entwickelt.

1. Die manumissio vindicta (die älteste Form) ist die Freilassung durch das Mittel der in jure cessio (vgl. oben S. 63. 64): ein Dritter nimmt den Sklaven vor dem Prätor als frei in Anspruch (vindicatio in libertatem), den Sklaven dabei

mit dem Stabe (vindicta) berührend; der Herr erklärt, gleichfalls mit der vindicta den Sklaven berührend, seinen Freilassungswillen; der Prätor bekräftigt die Erklärung des Herrn (addictio)[3]. Die Form des Prozesses fiel später fort und nur die Erklärung des Freilassungswillens vor der Gerichtsobrigkeit blieb übrig.

Ulp. tit. 1 § 7: Vindicta manumittuntur apud magistratum populi Romani, velut consulem praetoremve vel proconsulem.

L. 8 D. de manum. vind. (40, 2) (Ulpian.): Ego cum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.

2. Die manumissio censu, d. h. durch Eintragung in die Bürgerlisten seitens des Zensors auf Grund der Selbstanmeldung des Sklaven als civis Romanus sui juris[4].

3. Die manumissio testamento, d. h. durch direkte testamentarische Zuwendung der Freiheit. Der Testator selber macht durch das im Testament enthaltene Freilassungsrechtsgeschäft den Sklaven frei in dem Augenblick, in welchem das Testament wirksam wird: der Sklav ist der Freigelassene eines Verstorbenen (des Erblassers) und heifst daher „libertus orcinus". Anders, wenn die Freiheit im Testament nur indirekt gegeben wird, d. h. wenn der Testator nur dem Erben oder dem Vermächtnisnehmer (dem er den Sklaven zugewandt hat) auferlegt, er solle den Sklaven freilassen (fideicommissaria libertas). Dann wird der Sklav nicht durch das Testament frei (also nicht, wie vorher, ipso jure im Augenblick der Wirksamkeit des Testaments), sondern erst dann, wenn der Be-

---

[3] Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 133. Wlassak in Paulys Real-Enzyklopädie der klass. Altertumswissensch., neue Bearb. von Wissowa, 1892, unter Addicere, und oben S. 63 Anm. 6.

[4] Vgl. Degenkolb, Die Befreiung durch Census (in der Tübinger Festgabe für Jhering 1892, S. 123 ff.). Der (in der Regel) erforderliche jussus domini bildete formell keinen Bestandteil der Rechtshandlung selber. Formell befreite der Sklav sich durch eigne Handlung (durch seine vom Zensor angenommene professio als civis). Die manumissio censu hatte, ebenso wie die in Prozefsform auftretende manumissio vindicta, noch nicht die Gestalt eines Freilassungsrechtsgeschäfts: eine Tatsache, welche mit der „ursprünglichen Negierung der Freilassung überhaupt" zusammenhängt, Degenkolb S. 151, vgl. oben S. 63 Anm. 6.

schwerte die Auflage erfüllt und die Freilassungshandlung (z. B. vindicta) vornimmt. Der Sklav ist dann der Freigelassene eines Lebenden (des mit der Auflage Beschwerten) und ist nicht testamento, sondern vindicta (oder censu oder in ecclesia oder in prätorischer Form) freigelassen worden.

Ulp. tit. 2 § 7: Libertas et directo potest dari hoc modo: LIBER ESTO, LIBER SIT, LIBERTUM ESSE JUBEO, et per fideicommissum, ut puta: ROGO, FIDEI COMMITTO HEREDIS MEI, UT STICHUM SERVUM MANUMITTAT. § 8: Is qui directo liber esse jussus est orcinus fit libertus; is autem, cui per fideicommissum data est libertas, non testatoris, sed manumissoris fit libertus.

Durch die Gesetzgebung Konstantins trat hinzu:

4. Die manumissio in ecclesia, d. h. durch Erklärung des Freilassungswillens vor dem Bischof und der Gemeinde.

Das prätorische Recht hat leichtere Freilassungsformen anerkannt: die mündliche Freilassungserklärung vor Zeugen (manumissio inter amicos) und die Freilassung durch Freibrief (manumissio per epistolam). Den so Freigelassenen schützte der Prätor im Genufs der Freiheit: er versagte dem Herrn die vindicatio in servitutem. Der gleiche prätorische Schutz ward demjenigen zu teil, welcher zwar formrichtig, aber von einem blofs bonitarischen Eigentümer (nur nach jus honorarium am Sklaven Eigentumsberechtigten, vgl. § 62) freigelassen worden war. Die lex Junia (Anfang der Kaiserzeit) gab allen tuitione praetoris im Besitz der Freiheit befindlichen Freigelassenen rechtliche Freiheit, aber nur latinische Freiheit (Latini Juniani, vgl. § 33). Justinian endlich verlieh auch den nach prätorischem Recht Freigelassenen (der Gegensatz von bonitarischem und quiritischem Eigentum ward durch ihn beseitigt, § 62) die gleiche Freiheit wie den nach Zivilrecht Freigelassenen, nämlich die Freiheit eines römischen Bürgers, erschwerte aber die Form: fünf Zeugen müssen sowohl zu der mündlichen Freilassung (inter amicos) wie zu der Ausfertigung des Freibriefs zugezogen werden. Von den Fällen der Freilassung sind andere Fälle zu unterscheiden, in denen der Sklav kraft Gesetzes (ipso jure) frei ward (also ohne Rücksicht auf den Freilassungswillen des Herrn): so z. B. wenn der Sklav auf Anordnung des Erblassers oder des Erben mit dem „Hut des

Freien" (pileatus) an dem Leichenbegängnis des Herrn Anteil genommen hatte[5].

L. un. § 1 C. de lat. lib. toll. (7, 6) (JUSTINIAN.): Sancimus itaque, si quis per epistulam servum suum in libertatem producere maluerit, licere ei hoc facere, quinque testibus adhibitis, qui post ejus litteras . . . suas litteras supponentes fidem perpetuam possint chartulae praebere. Et si hoc fecerit . . . libertas servo competat quasi ex imitatione codicilli delata, ita tamen, ut et ipso patrono vivente et libertatem et civitatem habeat Romanam. § 2: Sed et si quis inter amicos libertatem dare suo servo maluerit, licebit ei, quinque similiter testibus adhibitis, suam explanare voluntatem: et . . . servi ad libertatem producantur Romanam quasi ex codicillis similiter libertatem adipiscentes. § 5. Sed et qui domini funus pileati antecedunt . . . si hoc ex voluntate fiat testatoris vel heredis, fiant ilico cives Romani.

Der rechtsgültig Freigelassene (libertus) wird römischer Bürger, aber ohne die vollen Bürgerrechte. Er hat Stimmrecht (wenigstens zur Zeit der Republik) nur in einer der vier tribus urbanae, wo er also mit der ganzen Masse des Stadtpöbels sich zusammenfindet (von den angeseheneren tribus rusticae ist er ausgeschlossen), und entbehrt des jus honorum (des passiven Wahlrechts) sowie der Fähigkeit, in den Senat, in den Rat (curia) einer Landstadt (municipium) oder in die Legion einzutreten. Noch hängt ihm der Makel seiner unfreien Geburt an. So mag er der Privatrechtsfähigkeit eines römischen Bürgers (jus commercii und jus conubii)[6] teilhaftig sein; die volle Teilnahme aber am Staat bleibt ihm versagt.

Die Freilassung ist eine Art von Wiedergeburt. Der Herr (patronus) tritt daher zu seinem Freigelassenen in ein vaterähnliches Verhältnis. Das Patronat besteht in dem väterlichen

---

[5] Vgl. Wlassak, Die prätorischen Freilassungen (Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 26, S. 367 ff.). Die bisher herrschende Meinung, dafs nach prätorischem Recht schlechtweg die „formlose Freilassung" gültig gewesen sei, ist durch Wlassak widerlegt worden.

[6] Doch verbot die lex Julia und die lex Papia Poppaea Ehen zwischen Senatoren (und deren Kindern) einerseits und Freigelassenen andererseits (unten § 99). — Über die Stellung der Freigelassenen handelt Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 3, S. 420 ff.

Erb- und Vormundschaftsrecht gegen den libertus, in einem Züchtigungsrecht (levis coercitio), einem Recht auf Ehrerbietung (wie gegen einen Sohn), auf Alimente (falls der Patron verarmt) und auf Dienste[7] (auf welche geklagt werden kann, falls der Freigelassene sie nach der Freilassung und nicht in einer die Freiheit schmälernden Weise versprach).

Auf die Kinder des Patrons vererben sich die Rechte des Patronats. Die Kinder des Freigelassenen aber sind ingenui.

Durch kaiserliche Verfügung kann der Freigelassene zum Freigeborenen (ingenuus) erklärt werden (sogenannte natalium restitutio). Dadurch erlischt mit den übrigen Beschränkungen seiner Freiheit auch das Patronatsverhältnis. Die kaiserliche Verleihung des jus aureorum anulorum (des Ritterringes, welcher in der Kaiserzeit von allen Freigeborenen getragen wurde) machte zwar gleichfalls vollfrei, liefs aber die Rechte des Patrons bei Bestand. Das jus anulorum und die natalium restitutio hat Justinian dann durch allgemeines Gesetz (Nov. 78 cap. 1. 2. 5) allen Freigelassenen gegeben, die letztere jedoch nur für den Fall, dafs der Patron auf seine Patronatsrechte Verzicht leistet. Der Freigelassene dieses neuen Justinianischen Rechts ist als solcher vollfrei. Das öffentliche Recht der byzantinischen Despotie, in welchem die alte Bürgerfreiheit ihren Untergang gefunden hat, bringt zugleich die gemeine gleiche Untertanenfreiheit aller Reichsangehörigen hervor.

L. 7 § 2 D. de injur. (47, 10) (ULPIAN.): Etenim meminisse oportebit, liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum injuriarum dari judicium, si atrox sit injuria, quam passus sit, puta si servilis; ceterum levem cohercitionem utique patrono adversus libertum dabimus.

L. 1 § 5 D. quar. rer. act. (44, 5) (ULPIAN): Quae onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum; onerandae autem libertatis causa facta bellissime ita de-

---

[7] Die Dienste, welche der Freigelassene dem Patron als solchem schuldet, sind Ehrendienste. Sie heifsen operae officiales, officium, vgl. Mitteis in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 23, S. 143 ff. Die bisher gelehrte Unterscheidung der kraft Patronatsverhältnisses geschuldeten Freigelassenendienste in operae officiales und operae fabriles beruht, wie Mitteis gezeigt hat, auf einem Irrtum.

finiuntur, quae ita imponuntur, ut si patronum libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subjectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente.

Schon gegen das Ende der Republik machten sich die Freigelasssenen als eine zahlreiche, nicht gerade dem Gemeinwesen förderliche Klasse bemerklich. Nicht immer die besten Elemente waren es, deren die Herren durch Freilassung sich entledigten, und auf alle Fälle kam mit dem Sklavenblut viel fremdes Blut — griechisches, syrisches, phönikisches, jüdisches, afrikanisches Wesen — in die römische Bürgerschaft. Man sah sich deshalb nach Mafsregeln zur Beschränkung der Freilassung um, und so verordnete z. B. die lex Aelia Sentia (4 n. Chr.), dafs verbrecherische Sklaven durch Freilassung nicht römische Bürger, sondern nur dediticii (heimatlose Peregrinen, vgl. § 33) werden sollten, denen der Aufenthalt in Rom sowie der Erwerb des Bürgerrechts auf immer versagt blieb. Zu einer vollgültigen Freilassung gehört ferner nach derselben lex Aelia Sentia, dafs der Herr mindestens 20 Jahre, der Sklav mindestens 30 Jahre alt ist; fehlt etwas an dem Alter, so kann nur vindicta, also unter Mitwirkung der Gerichtsobrigkeit, und nur nachdem das consilium, d. h. der Beirat des Magistrats[8], sich von dem Vorhandensein besonderer Gründe für die Freilassung überzeugt hat, vollgültig freigelassen werden. Zum dritten (gleichfalls nach der lex Aelia Sentia): die Freilassung, welche der zahlungsunfähige Schuldner zum Nachteil seiner Gläubiger (in fraudem creditorum) vornimmt, ist ungültig. Die lex Fufia Caninia (2 v. Chr.), welche für die testamentarische Freilassung gewisse Höchstgrenzen zog (ex tribus servis non plures quam duos, usque ad X dimidiam partem manumittere concessit, usw.), ist von Justinian aufgehoben worden (tit. I. 1, 7: de lege Fufia Caninia sublata).

Anmerkung. Verwandte Verhältnisse. Statu liber ist der im Testament unter einer Bedingung oder mit einer Fristbestimmung (erst von einem bestimmten Tage an soll er frei sein) Freigelassene. Bis zum

---

[8] Die Zuziehung eines consilium seitens des Magistrats war durchaus die Regel; für diesen Fall machte das Gesetz dieselbe obligatorisch und schrieb zugleich die Zusammensetzung des consilium vor: Romae quinque senatores et quinque equites Romani, in provinciis viginti reciperatores cives Romani. Ulpian. tit. 1 § 13.

Eintritt der Bedingung oder des Termins steht er unter Sklavenrecht; aber sowie die Bedingung erfüllt oder der Termin gekommen ist, wird er von selber (ipso jure) frei, auch wenn er inzwischen (infolge von Veräufserung oder Verpfändung seitens des Erben oder durch Ersitzung) in fremdes Eigentum übergegangen wäre (seu alienetur ab herede seu usu capiatur ab aliquo, libertatis condicionem secum trahit: ULPIAN. tit. 2 § 3). Der Stellung des statu liber angenähert ist durch Mark Aurel die Rechtslage des servus, der mit der Auflage veräufsert ist, ihn zu bestimmter Zeit freizulassen, vgl. unten § 43 Anm. 10. — Bona fide servire heifst es von dem Freien, welcher in gutem Glauben als Sklave eines Herrn lebt. Solange dieser Zustand dauert, gilt für seine Rechtsgeschäfte Sklavenrecht. — In libertate esse heifst es von dem Sklaven, welcher tatsächlich wie ein Freier lebt. Er steht unter Freienrecht (solange der Zustand dauert). — Klienten waren im alten Recht Unfreie, die zu der Stufe von „Hörigen" einer patrizischen gens emporgestiegen waren, zu Abgaben, Diensten, auch zur privaten Kriegsfolge verpflichtet, der Zucht und Familiengewalt ihres Herrn (patronus) unterworfen, durch das (im jus sacrum wirksame) Treuverhältnis geschützt, welches zwischen Herrn und Klienten (Muntmannen) waltete. Aus der Klientel ist die römische plebs hervorgegangen, oben S. 43 ff. — Kolonen sind die Grundhörigen der späteren Kaiserzeit, persönlich frei, aber dinglich unfrei, glebae adscripti (sie dürfen das Grundstück nicht verlassen, gehören zum Gut), ganz den Leibeigenen späterer Zeit vergleichbar. Vgl. l. 1 § 1 C. de colon. Thracensib. 11, 52 (THEODOS. II): Licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, aestimentur nec recedendi, quo velint, aut permutandi loca habeant facultatem, sed possessor eorum jure utatur et patroni sollicitudine et domini potestate. Der colonus der ersten drei Jahrhunderte des Kaiserreichs war noch ein freier Kleinpächter. Der Grofsgrundbesitz hat zunächst tatsächlich (im Laufe des 3. Jahrhunderts), dann auch rechtlich (im 4. Jahrh.) die Erblichkeit des Kolonenverhältnisses und die Bindung der Kolonen an das Gut (dem die Arbeitskraft des Kolonen erhalten werden sollte) durchgesetzt, vgl. die oben S. 50 Anm. 3 angeführte Literatur.

§ 33.
Cives und peregrini.

Heute ist das Bürgerrecht nur von öffentlichrechtlicher Bedeutung (für Wahlrecht, Steuern u. dgl.): das Privatrecht hat sich vom öffentlichen Recht gelöst, privatrechtlich ist grundsätzlich jeder Mensch dem andern gleich. Im alten Recht spielt das Bürgerrecht dagegen auch auf dem Gebiet des Privatrechts die entscheidende Rolle: das Privatrecht steht noch in engem Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht. Das Privatrecht

alter Art ist Zivilrecht, gilt nur für die Bürger dieses Staates. Das besondere römische Recht (jus civile, jus Quiritium) ist ein Recht nicht für jedermann, sondern nur für den Quiriten, den römischen Bürger.

Civis (Quirit) ist der römische Bürger. Er hat die öffentliche Rechtsfähigkeit (jus suffragii und jus honorum) und er allein die privatrechtliche Rechtsfähigkeit des römischen Rechts. Er allein ist rechtsfähig nicht blofs nach jus gentium, sondern auch nach jus civile. Seine zivile Rechtsfähigkeit äufsert sich in der Fähigkeit, römisches Vermögensrecht, insbesondere römisches Eigentum (dominium ex jure Quiritium), römische Familiengewalt (manus, patria potestas, tutela) zu haben, in der Parteifähigkeit für den römischen Prozefs (legis actio, in jure cessio, oben S. 63), in der Erbfähigkeit für die römische Erbfolge. Mit seiner Rechtsfähigkeit ist die zivile Verkehrsfähigkeit (jus commercii) und die zivile Ehefähigkeit (jus conubii) verbunden. Das römische jus commercii bedeutet die Teilnahme an der römischen Verkehrsgemeinschaft (Ulpian: emendi vendendique invicem jus), d. h. die Fähigkeit zur Beteiligung an einem römischen (zivilen) vermögensrechtlichen Verkehrsgeschäft (an erster Stelle ist an die mancipatio zu denken). Das römische jus conubii bedeutet die Fähigkeit zur Eingehung einer römischen, d. h. zivilrechtlich gültigen Ehe (matrimonium justum, vgl. unten § 92). Das jus commercii kann dem römischen Bürger fehlen (die Interdiktion gegen den Verschwender entzieht ihm das commercium, vgl. unten § 103 IV). Auch das jus conubii kann dem römischen Bürger abgehen: soweit Ehehindernisse bestehen (nach altem Recht bestand z. B. kein jus conubii zwischen Patriziern und Plebejern). Die römische Rechtsfähigkeit aber kann nur mit dem Bürgerrecht selber verloren gehen (der interdizierte Verschwender behält sein quiritisches Eigentum, seine Erbfähigkeit, seine Parteifähigkeit, obgleich er von der zivilen Verkehrsfähigkeit ausgeschlossen ist). Umgekehrt kann der Peregrine (z. B. der Latine) das jus commercii kraft Rechtssatzes oder Privilegs besitzen; die römische Rechtsfähigkeit (das quiritische Eigentum, die legis actio) bleibt ihm trotzdem versagt. Die Rechtsfähigkeit nach Zivilrecht ist ein Bestandteil, die zivile Ver-

kehrsfähigkeit und Ehefähigkeit nur ein Ausfluſs des Bürgerrechts[1].

Der Peregrine (Nichtbürger von Rom, aber, mit Ausnahme der dediticii, Bürger einer anderen Gemeinde) ist vom römischen öffentlichen Recht völlig ausgeschlossen und ist auf dem Gebiet des römischen Privatrechts rechtsfähig und verkehrsfähig nur nach jus gentium[2]. Der Peregrine kann kein römisches Eigentum (dominium ex jure Quiritium), keine römische patria potestas, keine römische eheherrliche Gewalt (manus), keine römische Tutel (Vormundschaft) haben. Er kann nicht Erbe einer römischen Erbschaft sein. Er kann kein römisches Testament machen noch in dem Testament eines römischen Bürgers zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht oder zum Vormund ernannt werden noch auch nur als Zeuge am römischen Testament sich beteiligen. Er ist von der römischen legis actio ausgeschlossen. All das kraft mangelnden Bürgerrechts, d. h. kraft mangelnder ziviler Rechtsfähigkeit. Da ihm (wo nicht eine ausnahmsweise Verleihung stattgefunden hat) auch das jus commercii und das jus conubii abgeht, so ist er in der Regel auch ohne die Geschäftsfähigkeit und ohne die Ehefähigkeit des römischen Rechts. Die Rechts- und Verkehrsfähigkeit nach römischem jus civile (im engeren Sinn) ist grundsätzlich nur dem römischen Bürger zuständig.

Keineswegs, als ob der Peregrine vom Testament, von der Vormundschaft, überhaupt von all jenen Rechtshandlungen und Rechtswirkungen schlechtweg ausgeschlossen gewesen wäre! Im Gegenteil, der Peregrine kann nach dem Recht seiner Gemeinde (er ist z. B. Bürger von Athen) sehr wohl testieren, Eigentum

---

[1] Den Unterschied zwischen ziviler Rechtsfähigkeit einerseits, jus commercii und jus conubii andererseits weist nach Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 116 ff. Vgl. auch Wlassak in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 28, S. 114 ff.

[2] Ursprünglich galt der Nichtbürger als völlig rechtlos. Eine Ausnahme bildete nur der hostis (im alten Sinne des Worts den „Gast" bedeutend), d. h. der Bürger eines mit Rom durch Freundschaftsvertrag verbündeten Staates. Aber jene völlige Rechtlosigkeit bestand immer nur in der Theorie. So konnte aus der alten Rechtlosigkeit des Nichtbürgers infolge der oben (§ 13) geschilderten Entwickelung seine Rechtsfähigkeit nach jus gentium hervorgehen. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 115.

erwerben usf. Es gilt der Grundsatz der „Persönlichkeit der Rechte“: jeder Bürger lebt nach dem Zivilrecht des Gemeinwesens, dem er angehört. Der Bürger von Athen kann die väterliche und eheherrliche Gewalt des athenischen Rechts haben, er kann athenisches Eigentum besitzen und ein athenisches Testament machen. Er kann in dem Testament eines Atheners zum Erben eingesetzt werden usw., und wie der athenische Bürger von dem römischen Testament und dessen Wirkungen, genau ebenso ist der römische Bürger von dem athenischen Testament und dem Rechtserwerb aus demselben ausgeschlossen. Die alte Zeit ruht auf dem Gegensatz einander ausschliefsender Gemeinden, Staaten, Rechtskreise. Das war es, was im römischen Reich überwunden werden mufste. Die Reichsverfassung mufste zu einem Reichsbürgerrecht, die Reichseinheit zur Rechtseinheit führen. Hier tat Caracalla den entscheidenden Schritt, indem er allen Peregrinen, welche irgend einer Gemeinde als Bürger angehörten, das römische Bürgerrecht verlieh (oben S. 125). Es blieben nur noch die peregrini dediticii, d. h. diejenigen Peregrinen, deren Gemeinde vernichtet und welche deshalb nirgends bürgerberechtigt und nirgends aufenthaltsberechtigt waren.

Eine Mittelstufe zwischen Bürgern und Nichtbürgern bildeten die Latini (die als die bestgestellte Art der peregrini zu denken sind). Die latinischen Bundesgenossen Roms, d. h. die Angehörigen der Stadtgemeinden Latiums, hatten von alters her wesentlich das gleiche Privat- und Eherecht (eben lateinisches Privat- und Eherecht, dessen Erscheinungsform lediglich das römische Recht war) wie die Römer und besafsen als Rechts- und Bundesgenossen auch in Rom jus commercii und in der älteren Zeit auch das jus conubii[8]. Ihnen war kraft Rechtssatzes die römische Verkehrsfähigkeit und überdies (wahrscheinlich infolge alter Staatsverträge) die Testamentsgemeinschaft mit den Römern zuständig (der Latine konnte im römischen Testament bedacht werden: er hatte testamenti factio passiva), wenngleich die römische Rechtsfähigkeit, die private wie die öffentlichrechtliche, den Latinen ebenso wie den sonstigen

---

[8] Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 4 ff. 119. 122 ff.

Peregrinen abging. Das mächtige Interesse, welches sich bald insbesondere an die öffentlichen Befugnisse eines römischen Bürgers (jus suffragii und jus honorum) knüpfte, führte dahin, dafs (infolge des Bundesgenossenkriegs) den latinischen Bundesgenossen, dann allen italischen Gemeinden römisches Bürgerrecht und damit auch die private und öffentliche Rechtsfähigkeit eines römischen Bürgers gegeben wurde. Seitdem gibt es keine italischen Latini alten Stils mehr (geborene Latini), sondern nur noch latinische Kolonisten in den Provinzen, Latini coloniarii (die freien Angehörigen einer mit jus Latii gegründeten Kolonie oder eines mit jus Latii bewidmeten Landes, vgl. oben S. 125[4]) und latinische Freigelassene, Latini Juniani (S. 189). Diese beiden Arten von Latini neuen Stils (künstliche, gemachte Latini) haben das jus commercii (kein jus conubii), die Latini coloniarii auch die Testamentsfähigkeit (trotz mangelnden römischen Bürgerrechts). Der Latinus Junianus aber ist auf das jus commercii, d. h. auf die Verkehrsfähigkeit unter Lebenden, beschränkt. Er kann kein Testament machen noch aus einem Testament etwas erwerben. Er lebt wie ein Freier, stirbt jedoch wie ein Sklav. Stirbt der Latinus Junianus, so fällt sein Vermögen an den Herrn zurück, als ob er immer Sklav desselben geblieben wäre.

Das Gesetz Caracallas kam auch den Latini coloniarii zu-

[4] Das jus Latii hat zwei Formen: das Latium minus (die ältere und die gewöhnliche Form) und das Latium majus (wahrscheinlich erst seit Hadrian). In den Gemeinden mit minus Latium erlangen nur die Beamten der Gemeinde das römische Bürgerrecht, in den Gemeinden mit majus Latium auch die Dekurionen (die Mitglieder des Gemeinderats). Durch Einführung des majus Latium sollte die Bewerbung um die kostspieligen und verantwortungsvollen Dekurionenstellen (deren Besetzung bereits seit Beginn des 2. Jahrhunderts Schwierigkeiten machte) begünstigt werden: Gaj. I § 96; O. Hirschfeld, Zur Geschichte des latinischen Rechts (Festschr. für das archäologische Institut in Rom, Wien 1879); Mommsen, Latium majus, in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 23, S. 46 ff. — Dagegen bedeutet die Verleihung des jus Italicum an eine Bürgergemeinde (Kolonie oder Municipium), dafs sie die Rechte einer colonia Italica, d. h. einer vollberechtigten altrömischen Bürgerkolonie empfängt, so dafs ihr Gebiet von der Grundsteuer befreit und des quiritischen Eigentums fähig, also dem fundus Italicus gleichgestellt wird (vgl. § 64 II). Heisterbergk, Name und Begriff des jus Italicum (1885).

gute (von vornherein war es der Gedanke gewesen, durch die Verleihung des jus Latii diese Gemeinden und Gebiete auf den Empfang des vollen römischen Bürgerrechts vorzubereiten). Seit Caracalla gab es nur noch Latini Juniani, welche, als zu keiner Gemeinde gehörig, von der Verleihung des römischen Bürgerrechts ausgeschlossen blieben.

Justinians Idee ist, den Gegensatz von jus civile und jus gentium überhaupt zu beseitigen. Dem entsprach es, dafs er die Latina libertas der Juniani und die Peregrineneigenschaft der dediticii, Verhältnisse, welche infolge der Ausgleichung des Gegensatzes von jus civile und jus gentium für das Privatrecht, welche ferner durch die Despotie und die Vernichtung der politischen Bürgerrechte auch für das öffentliche Recht längst unpraktisch geworden waren, auch formell beseitigte. Nicht so, als ob Justinian zu dem neuzeitlichen Grundsatz von der gleichen Privatrechtsfähigkeit aller Menschen übergegangen wäre. Auch nach dem Recht des Corpus juris geniefst der Ausländer (der nicht dem römischen Reich Angehörige) nur die Rechtsfähigkeit des jus gentium, und auch der Reichsangehörige kann durch Strafurteil der Bürgerrechte entkleidet und damit auf die Rechtsfähigkeit nach jus gentium eingeschränkt werden[5]. Von verurteilten Verbrechern abgesehen aber verschwanden unter den Reichsangehörigen die alten rechtlichen Unterschiede, um den schon längst im Vordergrunde stehenden sozialen Klassenunterschieden endgültig Raum zu machen. Grundsätzlich war jeder freie Untertan des römischen Reichs nunmehr zugleich römischer Bürger. Es gab unter den Reichsangehörigen schlechtweg rechtlich nur noch den einen Gegensatz von Freien und Unfreien. Der Unterschied von cives und Nicht-cives war für die Reichsuntertanen im Grundsatz hinweggefallen. An Stelle der Stadtbürgerschaft trat die Reichsbürgerschaft als solche, und dem Reichsbürgertum entsprach das nunmehr einheitlich gestaltete Reichsrecht, dem Weltbürgertum (des römischen orbis terrarum) das Weltrecht.

---

[5] L. 17 § 1 D. de poenis (48, 19). — Vgl. zu dem obigen Leonhard, Institutionen des römischen Rechts (1894), S. 189, und unten S. 203.

Ulp. tit. 19 § 5: Commercium est emendi vendendique invicem jus.

Ulp. tit. 5 § 3: Conubium est uxoris jure ducendae facultas.

Gaj. Inst. I § 14: Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt.

Gaj. eod. § 28: Non tamen illis (den Latini Juniani) permittit lex Junia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari.

Gaj. eod. III § 56: ... admonendi sumus ... eos, qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii jure ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Juniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Junianos; Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt. — Legis itaque Juniae lator ... necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur, cavere, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque jure quodammodo peculii ad manumissores ea lege pertinent.

§ 34.
Paterfamilias und filiusfamilias.

Der römische Bürger ist entweder paterfamilias (Hausvater) oder filiusfamilias (Hauskind), je nachdem er von der väterlichen Gewalt frei (homo sui juris) oder der väterlichen Gewalt unterworfen ist (homo alieni juris). Paterfamilias ist der homo sui juris (sei er Kind oder erwachsen, verheiratet oder unverheiratet); filiusfamilias ist der homo alieni juris (sei er Sohn oder Tochter, Enkel oder Enkelin usf.).

Für das öffentliche Recht ist der Unterschied von paterfamilias und filiusfamilias gleichgültig. Der filiusfamilias kann, wenn er nur sonst die nötigen Voraussetzungen erfüllt, ebensogut in den Komitien mitstimmen, ebensogut Konsul werden wie der paterfamilias.

Die Wirkung des Unterschiedes beschränkt sich auf das

Privatrecht. Zwar hat der filiusfamilias das jus commercii und das jus conubii gerade wie der paterfamilias, weil auch der filiusfamilias römischer Bürger ist. Der Sohn kann daher nach Zivilrecht kontrahieren, Eigentumserwerbsgeschäfte vornehmen[1], im Testament zum Erben eingesetzt werden, eine vollgültige Ehe eingehen usf. Aber: was der filiusfamilias erwirbt, erwirbt er dem paterfamilias; das Eigentum, das Forderungsrecht, ja auch die eheherrliche Gewalt über seine Ehefrau, die väterliche Gewalt über seine Kinder wird nicht ihm, sondern seinem paterfamilias erworben. Im römischen Hause gibt es nach altem Recht nur ein einziges Eigentum, das des Hausvaters, nur eine einzige eheherrliche, väterliche Gewalt, die des Hausvaters. Lediglich seine Schulden erwirbt das Hauskind sich selbst. Der filiusfamilias ist des passiven Vermögens fähig, des aktiven Vermögens unfähig.

Allmählich aber ist im Lauf der Kaiserzeit dem filiusfamilias auch die aktive Vermögensfähigkeit zugestanden worden. Zuerst dem Soldaten. Der filiusfamilias miles erwirbt alles, was er als Soldat erwirbt, sich selber, nicht seinem Vater (bona castrensia). Dann ward auch dem öffentlichen Dienst dasselbe Privileg gegeben. Was der filiusfamilias im öffentlichen Amt oder in der Advokatur oder durch kaiserliche Zuwendung erhielt, erwarb er sich selber, nicht dem paterfamilias (bona quasi castrensia). Endlich ward überhaupt jedem filiusfamilias Erwerbsfähigkeit gegeben: was er nicht vom Vater, sondern von der Mutter oder sonst von einem Dritten erwirbt, fällt in das Eigentum des filiusfamilias; dem Vater wird an solchem Vermögen nur ein Verwaltungs- und Niefsbrauchsrecht gegeben (bona adventicia). So ist nach Justinianischem Recht das Hauskind nur noch unfähig, vom Vater etwas zu erwerben. Was das Hauskind vom Vater empfängt, bleibt Eigentum des Vaters, auch wenn dem filiusfamilias die Verfügung darüber eingeräumt ist (peculium profecticium). Vgl. unten § 101.

---

[1] So die mancipatio, nicht aber die in jure cessio, weil zur Form der in jure cessio die gerichtliche Inanspruchnahme des Eigentums gehört (oben S. 64); der filiusfamilias (homo alieni juris) kann aber nach altem Recht kein Eigentum haben (s. unten).

L. 195 § 2 D. de V. S. (50, 16) (Ulpian.): Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus, et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo, qui emancipatus est: nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet.

Gaj. Inst. II § 87: Igitur, quod liberi nostri, quos in potestate habemus, . . . mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

§ 35.
Capitis deminutio.

Capitis deminutio ist die Zerstörung der rechtlichen Persönlichkeit (des caput). Nach der capitis deminutio ist der alte Mensch nicht mehr da, sondern ein anderer Mensch, welcher mit dem vorigen Menschen von Rechts wegen nichts gemein hat. Solche Zerstörung der rechtlichen Persönlichkeit ist auf dreifache Weise möglich: durch Verlust des status libertatis (maxima c. d.), durch Verlust des status civitatis (media oder magna c. d.), durch Ausscheiden aus der Agnatenfamilie (minima c. d.). Im ersten Fall geht die rechtliche Persönlichkeit überhaupt, im zweiten und dritten Fall geht nur die bisherige rechtliche Art der Persönlichkeit verloren.

Durch Verlust der Freiheit erleidet man die maxima capitis deminutio. Der römische Bürger kann Sklav werden durch Strafurteil (oben S. 187). Kriegsgefangenschaft bei den Feinden (er ist in die potestas hostium geraten) bringt ihn in eine sklavenähnliche Lage (so der Standpunkt des römischen Rechts). Bis auf weiteres, solange bis sich entscheidet, ob er zurückkehrt oder nicht, sind alle seine Rechte in der Schwebe. Aber nur in der Schwebe, nicht verloren gegangen. Er ist noch römischer Bürger, er ist noch Träger seines Eigentums, seiner väterlichen Gewalt, wenngleich jeder Gebrauch seiner Rechte durch seine sklavenähnliche Lage ausgeschlossen ist. Nur solche Rechts-

verhältnisse, wie Ehe und Besitz, welche eines schwebenden Daseins unfähig sind, gehen mit dem Eintritt der Kriegsgefangenschaft unter (seine Ehe ist aufgelöst, sein Besitz erlischt). Stirbt er in der Gefangenschaft, so verwandelt sich die Entkräftung seiner Rechte in Rechtsverlust, und zwar nach der Theorie der klassischen Juristen mit rückwirkender Kraft. Kehrt er aber zurück, so tritt er wieder in den vollen Gebrauch aller seiner Rechte (soweit sie nicht untergegangen sind; gegen die Ersitzung, die ein Dritter inzwischen vollendet hat, wird ihm in integrum restitutio gegeben). Er ist wieder der Vater seiner Kinder, der Eigentümer seiner Sachen, der Gläubiger seiner Schuldner, der Schuldner seiner Gläubiger, d. h. er ist Subjekt seiner Rechtsverhältnisse, als wenn er niemals gefangen gewesen wäre. Darin besteht das sogenannte jus postliminii[1]. Aber wie wird es mit seiner Beerbung, wenn der römische Bürger nicht zurückkehrt, sondern in der Gefangenschaft verstirbt? Er ist in sklavenähnlicher Lage gestorben. Sein Testament ist also ungültig, was er vor der Gefangenschaft zu Hause errichtete? Ja, kann er überhaupt beerbt werden, da ja ein servus nicht beerbt werden kann? Seine Rechte sind erloschen. Wie können sie auf einen Erben übergehen? Allen diesen Schwierigkeiten half die fictio legis Corneliae (von Sulla) ab: stirbt der Römer in der Gefangenschaft, so wird es so gehalten, als ob er nicht gefangen genommen, sondern im Vollbesitz des römischen Bürgerrechts gestorben wäre. Die klassische Jurisprudenz hat daraus den Grundsatz der Rückziehung entwickelt: Tod in der Kriegsgefangenschaft wirkt wie für den Erbgang, so auch für die übrigen Rechtsverhältnisse des Gefangenen, als ob er damals, im Augenblick der Gefangennahme, gestorben wäre.

§ 5 I. quib. mod. jus pot. solv. (1, 12): Postliminium fingit, eum, qui captus est, semper in civitate fuisse.

L. 16 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian.): Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.

L. 12 D. qui test. fac. (28, 1) (Julian.): Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde con-

---

[1] Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 128 ff.

firmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent; et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet.

L. 18 D. de captiv. (49, 15) (Ulpian.): In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.

Durch Verlust des römischen Bürgerrechts (unter Beibehaltung aber der Freiheit) wird die media (oder magna) capitis deminutio erlitten: ein römischer Bürger geht z. B. in eine latinische Kolonie über. Die media capitis deminutio ist im Justinianischen Recht (da für den Reichsangehörigen Freiheit und römisches Bürgerrecht zusammengefallen sind) nur noch in der Form der Ausstofsung aus dem Reichsverbande (Verbannung) möglich[2].

§ 2 I. de cap. min. (1, 16): Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. Quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.

Das Ausscheiden aus der agnatischen Familie bewirkt gleichfalls eine capitis deminutio, eine Zerstörung der Persönlichkeit. In der Familie beruht Wesen und Geltung der Persönlichkeit. Änderung der Familie ist Änderung der Persönlichkeit, ist Aufhebung der früheren Persönlichkeit und Erzeugung einer neuen.

Die Familie im Rechtssinn ist aber nach römischem Zivilrecht nicht das, was wir heute Familie nennen: die Gesamtheit derer, welche durch die Bande der Blutsverwandtschaft verbunden sind, welche also demselben Stamme angehören. Die römische Familie (nach jus civile) ist vielmehr die Gesamtheit derer, welche demselben Hause angehören, welche der-

---

[2] Vgl. J. M. Hartmann, De exilio apud Romanos, dissertatio inauguralis (Berolini 1887). Derselbe in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 9, S. 42 ff. Eine Form der Verbannung ist die Deportation. Vgl. oben S. 198. — Ursprünglich bedeutet exilium den Verlust des römischen Bürgerrechts durch Domizilwechsel (Übersiedlung in eine auswärtige den Römern befreundete Gemeinde); der Zurückkehrende tritt auch hier von selbst in das römische Bürgerrecht wieder ein (postliminium in pace), Mitteis a. a. O. S. 126.

selben einen hausherrlichen Gewalt (patria potestas) unterworfen sind oder doch unterworfen sein würden, wenn der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Das heifst Agnation. Und nur die Agnation ist die Verwandtschaft des Zivilrechts, nicht die Blutsverwandtschaft (Kognation). Die Familie des römischen Zivilrechts ist die Agnatenfamilie (vgl. unten § 91). Und diese Agnatenfamilie hat die Eigentümlichkeit, dafs man sie wechseln kann. Die Blutsverwandtschaft ist der Aufhebung unfähig, und für die Kognatenfamilie (Familie in unserem Sinn) gibt es daher keine Änderung. Aber aus der Agnatenfamilie kann man ausscheiden, weil man aus dem Hause (der Gemeinschaft derer, welche durch hausherrliche Gewalt verbunden sind) ausscheiden kann. So geschieht es also der Tochter, welche sich verheiratet, falls sie, was nicht immer der Fall ist (§ 92), durch die Eingehung der Ehe in die eheherrliche (hausherrliche) Gewalt ihres Ehemannes (oder dessen, welcher die patria potestas über ihren Ehemann hat) eintritt, sogenannte in manum conventio. Mit der hausherrlichen Gewalt hat sie ihre Familie (die Agnatenfamilie), den Kreis ihrer Verwandtschaft (die Agnatenverwandtschaft), das „Haus“, dem sie angehört, und damit ihr ganzes persönliches Sein verändert. Ebenso geschieht es dem Haussohn, welcher vom Vater in die Knechtschaft (mancipium) verkauft (§ 101) oder in Adoption gegeben wird (datio in adoptionem); dem homo sui juris, welcher sich von einem andern adoptieren läfst (arrogatio); auch dem Hauskinde, welches vom Vater aus der väterlichen Gewalt entlassen wird (emancipatio). Obgleich der emancipatus seine äufsere Stellung verbessert, insofern aus einem filiusfamilias jetzt ein paterfamilias wird, erleidet er doch eine capitis deminutio, weil mit der Agnation seine bisherige rechtliche Persönlichkeit zerstört und eine neue geschaffen worden ist.

So ist also die minima capitis deminutio das Ausscheiden aus der Agnation (dem „Hause“), und sie hat fünf Anwendungsfälle: das mancipio dare, die in manum conventio, die datio in adoptionem, die arrogatio und die emancipatio.

Mit der zerstörenden Wirkung auch der capitis deminutio minima hing zusammen: der Untergang der zivilen Kontraktsschulden des capite minutus (nach Zivilrecht; der Prätor aber

gab dann später durch in integrum restitutio dem Gläubiger die Klagen wieder) und der Untergang der dem capite minutus zuständig gewesenen Personalservituten (vgl. unten § 69)[3]. Den letzteren Rechtssatz hat erst Justinian beseitigt: nach dem Recht des Corpus juris hat nur noch die capitis deminutio maxima et media den Untergang der Personalservituten zur Folge. Der agnatische Familienverband spielt im justinianischen Recht grundsätzlich keine Rolle mehr. Die Kognation (Blutsverwandtschaft) wird mafsgebend an Stelle der Agnation (unten § 91). So wird der Wechsel der Agnatenfamilie (capitis deminutio minima) im justinianischen Recht der rechtlichen Bedeutung entkleidet.

Gaj. Inst. I § 162: Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. Quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt et in his, qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur: adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur.

L. 11 D. de cap. min. (4, 5) (Paulus): Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem. Cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

§ 36.
Ehrenminderung.

Die Ehre ist zunächst ein gesellschaftlicher Begriff. Ehre hat, wer in der Gesellschaft für voll gilt. Die Gesellschaft spricht dem Ehre zu, welcher ihren Anschauungen gemäfs handelt. Die Zuerkennung der Ehre, die Aberkennung der

[3] Nach klassischem Recht erlosch durch capitis deminutio minima auch das Forderungsrecht aus der durch Eid begründeten operarum obligatio des libertus sowie die lis contestata legitimo judicio, Gaj. III § 83 (über judicium legitimum unten § 49). — Grundsatz war, dafs die zivilrechtliche capitis deminutio minima nur auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse wirkte, Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 53, Anm. 31. S. 61.

Ehre (der gesellschaftlichen Geltung) ist das Zwangsmittel der Gesellschaft, um nicht blofs Gebote des Rechts und der Sittlichkeit, sondern gerade auch der blofsen Sitte (welche unter Umständen mit Recht und Sittlichkeit in Widerspruch stehen können) gegen den einzelnen durchzusetzen. Indem die Anforderungen der Gesellschaft an das Verhalten des einzelnen für die verschiedenen Kreise der Gesellschaft sich eigenartig ausprägen, spricht man von einer besonderen Standesehre, von einer studentischen Ehre, von einer Offiziersehre usf.

Die Rechtssätze über die bürgerliche Ehre bedeuten die Wirkung gesellschaftlicher Verhältnisse, Anschauungen auf das Recht. Das Recht gibt dem gesellschaftlichen Urteil in gewisssem Mafse nach und läfst einen Mann, der in der Gesellschaft nicht für voll gilt, unter Umständen auch vor dem Gesetz nicht für voll gelten. Bürgerliche Ehre (Ehre im Rechtssinn) ist die volle Geltung als Person vor dem Gesetz. Ehrenminderung (im Rechtssinn) ist die Minderung der vollen persönlichen Geltung vor dem Gesetz.

Die bürgerliche Ehre eines civis Romanus kann vernichtet werden (consumptio existimationis) durch maxima oder media capitis deminutio; sie kann auch blofs gemindert werden (minutio existimationis). Das letztere versteht man unter Ehrenminderung im technischen (engeren) Sinn. Ehrenminderung ist die Minderung der bürgerlichen Ehre, welche ohne capitis deminutio, ohne Zerstörung der bisherigen Persönlichkeit, eine blofse Minderung der persönlichen Geltung vor dem Gesetz herbeiführt.

Nach römischem Zivilrecht tritt eine Ehrenminderung nur ein 1. in den durch Volksgesetz bestimmten[1] Fällen, 2. durch die zensorische Rüge. Auch an dieser Stelle aber ist das Zivilrecht durch das jus honorarium überflügelt worden. Gegen Ende der Republik hörte die Zensur auf, in alter Weise zu wirken. Die entstehende Lücke ward durch den Prätor ausgefüllt. Das prätorische Edikt hatte sich mit den an ihrer Ehre Geminderten zu beschäftigen, sofern es sich um die Zurücksetzung derselben

[1] So hiefs es z. B. in den zwölf Tafeln (VIII 22): qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto.

vor Gericht handelte. So zählte der Prätor diejenigen auf, welche er um ihrer Bescholtenheit willen von dem vollen jus postulandi (dem Recht, Anträge an die Gerichtsobrigkeit zu stellen) ausschlofs (sie durften nur für sich selbst und für gewisse nahe Angehörige postulieren). An einer zweiten Stelle des Edikts nannte er diejenigen, welchen er um ihrer Bescholtenheit willen das Recht, Prozefs-Stellvertreter zu sein (alieno nomine agere), sowie einen Prozefs-Stellvertreter zu bestellen, versagte[2]. Diejenigen, welche der Prätor so von der vollen gerichtlichen Rechtsfähigkeit (dem freien Postulieren usw.) ausschlofs, erklärte er nicht selber direkt für infam. Er hatte keinen Anlafs noch auch die Gewalt, formell jemandem seine bürgerliche Ehre zu beschneiden. Aber sagt Gajus, „diejenigen, welche der Prätor so zurücksetzt, nennen wir infam“[3]. In jenen Katalogen des prätorischen Edikts waren die Anschauungen der Gesellschaft von den Fällen der Ehrenminderung zu rechtlicher Gestalt gelangt, in eine wenngleich nicht vollständige Kodifikation gebracht worden, und als solche Kodifikation des Ehrenrechts beherrschten sie die Folgezeit: die Kompilatoren Justinians haben ihr Verzeichnis der Ehrenminderungsfälle aus diesen Stücken des prätorischen Edikts entnommen. Es waren namentlich zwei Gruppen von Fällen, welche sich gegenübertraten: entweder trat die Infamie mit der ehrenstrafwürdigen Handlung sofort von selber (ipso jure) ein, sogenannte infamia immediata (z. B. in den Fällen des ehrlosen Gewerbes, der ehrlosen Entlassung aus dem Soldatenstand, doppelter Ehe und doppelten Verlöbnisses), oder sie trat nur ein, nachdem ein gerichtliches Urteil den Betreffenden wegen der ehrenstrafwürdigen Handlung verurteilt hatte, sogenannte infamia mediata. Vor allem hatte jedes peinliche Urteil (zu Leibes-, Lebens-, Freiheitsstrafe) zugleich Infamie zur Folge,

---

[2] Vgl. Karlowa in der Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 9, S. 222 ff.; Lenel in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Bd. 2, S. 54 ff.; Wlassak, Zur Geschichte der Cognitur, 1893, S. 18 Anm. 3, S. 72 Anm. 53 a. E.

[3] Gaj. Inst. IV § 182 (Studemund, ed. 2): Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratoris aut cognitoris nomine judicio intervenire, ignominiosus esse dicitur. Vgl. unten Anm. 5.

dann aber auch gewisse Zivilurteile, insbesondere wenn jemand wegen Diebstahls, Raubes, Beleidigung, Betrugs oder wegen ehrloser Pflichtverletzung (als Vormund, Gesellschafter, Depositar, Mandatar) auf Zivilklage hin verurteilt worden war. Die Zivilklagen, welche solche Ehrenminderung herbeiführen[4], heifsen actiones famosae.

In der Natur der Sache liegt aber, dafs jede Kodifikation des Ehrenrechts als unvollkommen sich erweist. Es mufste daher dem römischen Richter frei stehen, auch solche Fälle von Ehrlosigkeit zu berücksichtigen, welche nicht in einem Volksgesetz noch im prätorischen Edikt genannt waren. So ergaben sich zwei Arten der Ehrenminderung (minutio existimationis): 1. die Infamie, deren Voraussetzungen von Rechts wegen, nämlich durch Volksgesetze bezw. das prätorische Edikt, feststanden, und 2. die sogenannte turpitudo (Verächtlichkeit), über deren Voraussetzungen nicht das Recht, sondern auf Grund des Urteils der öffentlichen Meinung, also des Urteils der Gesellschaft, für jeden Einzelfall das freie richterliche Ermessen entschied.

Beide Arten der Ehrenminderung haben zur Folge die Zurücksetzung der ehrlosen Persönlichkeit nach Mafsgabe richterlichen Ermessens (so z. B. beim Zeugnis, bei der Ernennung zum Vormund, bei Zulassung der querela inofficiosi testamenti zu gunsten übergangener Geschwister, vgl. § 113). Die Infamie hat aufserdem als besondere Wirkung zur Folge: den Verlust des jus suffragii und des jus honorum, die Beschränkung des jus conubii (die Ehe zwischen Infamen und Freigeborenen ward verboten, vgl. § 99) und die Beschränkung des Rechts, für andere Anträge an die Gerichtsobrigkeit zu stellen (s. oben). Alle diese besonderen Wirkungen der Infamie sind jedoch bereits für das Justinianische Recht nicht mehr vorhanden[5]. Im Justinianischen Recht tritt für den Infamen wie für den turpis

---

[4] Vier Deliktsklagen: actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, doli; vier Kontrakts- bzw. Quasikontraktsklagen: actio pro socio, tutelae directa, depositi directa, mandati directa. Vgl. auch oben S. 69 Anm. 12: actio fiduciae (die im Corpus juris verschwunden ist).

[5] Das jus suffragii und das jus honorum war unpraktisch geworden, das Eheverbot abgeschafft, über die Zulassung zu Anträgen an das Gericht sollte das richterliche Ermessen frei entscheiden (§ 11 I. de except. 4, 13).

nur die eine Wirkung der Zurücksetzung (soweit die Persönlichkeit als solche in Frage kommt) nach Maſsgabe richterlichen Ermessens ein. Das bedeutet, daſs die Infamie (die Ehrenminderung nicht nach Ermessen, sondern kraft Gesetzes) bereits im Justinianischen Recht tatsächlich verschwunden ist. Dem entsprechend ist denn auch aus dem römischen Recht nicht die Infamie, sondern nur die turpitudo („Verächtlichkeit") in das gemeine deutsche Recht übergegangen. Neben der rezipierten turpitudo behauptete sich als Ehrenminderung kraft Gesetzes die deutsche „Rechtlosigkeit" in ihren zwei Formen: als Ehrlosigkeit kraft richterlichen Strafurteils und als Anrüchigkeit kraft unehelicher Geburt und unehrlichen Gewerbes. Die Anrüchigkeit ist dem heute geltenden Recht unbekannt. Aber die richterliche Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte (und damit der Fähigkeit zu öffentlichen Ämtern und Stellungen, Ausschluſs von Heer und Marine, von der Vormundschaft) ist noch heute ein Strafmittel unseres Strafgesetzbuchs (St.G.B. § 31 ff.). Auſserdem läſst das B.G.B. auch „ehrloses oder unsittliches Verhalten" von gewisser rechtlicher Wirkung sein (z. B. für die Ehescheidung, § 1568, für Einschränkung oder Entziehung der elterlichen Gewalt, § 1666), die nach richterlichem Ermessen eintritt, so daſs wir noch heute neben der durch das Gesetz geregelten Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte eine der römischen turpitudo vergleichbare Minderung der rechtlichen Geltung der Persönlichkeit besitzen.

L. 5 § 2 D. de extr. cogn. (50, 13) (Callistratus): Minuitur existimatio, quotiens, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis vel cum ordine movetur vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. § 3: Consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit.

L. 1 D. de his qui not. inf. (3, 2): Praetoris verba dicunt: Infamia notatur[6] qui ab exercitu ignominiae causa ab impera-

[6] Diese beiden ersten Worte rühren von den Kompilatoren Justinians her, vgl. Lenel a. a. O. Die Aufstellungen Lenels haben durch den erst später festgestellten Text von Gajus IV § 182 (Anm. 3) eine glänzende Bestätigung erfahren. Die Wiederherstellung des ursprünglichen Wortlauts

TORE EOVE, CUI DE EA RE STATUENDI POTESTAS FUERIT, DIMISSUS ERIT; QUI ARTIS LUDICRAE PRONUNTIANDIVE CAUSA IN SCAENAM PRODIERIT; QUI LENOCINIUM FECERIT; QUI IN JUDICIO PUBLICO CALUMNIAE PRAEVARICATIONISVE CAUSA QUID FECISSE JUDICATUS ERIT; QUI FURTI, VI BONORUM RAPTORUM, INJURIARUM, DE DOLO MALO ET FRAUDE SUO NOMINE DAMNATUS PACTUSVE ERIT; QUI PRO SOCIO, TUTELAE, MANDATI, DEPOSITI SUO NOMINE NON CONTRARIO JUDICIO DAMNATUS ERIT; QUI EAM, QUAE IN POTESTATE EJUS ESSET, GENERO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET, INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE VIRUM MORIS EST, ANTEQUAM VIRUM ELUGERET, IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, EAMVE SCIENS QUIS UXOREM DUXERIT NON JUSSU EJUS, IN CUJUS POTESTATE EST; ET QUI EUM, QUEM IN POTESTATE HABERET, EAM, DE QUA SUPRA COMPREHENSUM EST, UXOREM DUCERE PASSUS FUERIT; QUIVE SUO NOMINE NON JUSSU EJUS, IN CUJUS POTESTATE ESSET, EJUSVE NOMINE, QUEM QUAMVE IN POTESTATE HABERET, BINA SPONSALIA BINASVE NUPTIAS IN EODEM TEMPORE CONSTITUTAS HABUERIT.

II. Juristische Personen.

§ 37.

Wesen der juristischen Person.

Wirtschaftlich angesehen, bedeutet die juristische Person das Mittel für die Schaffung von sozialem Zweckvermögen, d. h. von Vermögen, welches für die Zwecke der Gesellschaft bezw. eines bestimmten gesellschaftlichen Verbandes rechtlich gebunden ist (oben § 31). Die juristische Person (z. B. der Staat oder eine Wohltätigkeitsanstalt) lebt bestimmten Zwecken. Indem der juristischen Person Vermögen zugeschrieben wird, tritt für dies Vermögen eine dingliche (unmittelbar auf die einzelnen Vermögensbestandteile wirkende) Bindung an diese Zwecke ein: nur im Namen dieser juristischen Person, d. h. nur für ihre Zwecke kann über dies Vermögen verfügt werden. Dem Privatvermögen der natürlichen Person (welches das einzige Privatvermögen im vollen Sinn des Wortes ist) soll durch das Mittel der juristischen Person soziales Zweckvermögen zur Seite treten.

und Zusammenhangs des uns hier beschäftigenden prätorischen Edikts s. bei Lenel, Edictum perpetuum, S. 62. 63.

Die Rechtsform für die Schaffung von solchem Zweckvermögen ist, wie die Geschichte zeigt, auf verschiedenen Stufen der Entwickelung eine verschiedene gewesen. Die Rechtsform der juristischen Person, die wir heute haben, ist keineswegs die selbstverständliche, ursprüngliche, natürliche, einzig mögliche, sondern erst das Erzeugnis einer weit vorgeschrittenen Bildungsstufe des Rechts.

Der naiven Auffassung erscheint das soziale Zweckvermögen (dessen Entstehung von dem Vermögen des Staates, der Gemeinde seinen Ausgang nimmt) als gemeinsames Vermögen der Zweckgenossen (der Bürger des Staates, der Gemeinde). Auf diesem ursprünglichen Standpunkt ist das deutsche Recht während des ganzen Mittelalters verblieben. Das gesellschaftliche Zweckvermögen fiel juristisch nach mittlalterlich-deutschem Recht unter den Begriff des Gesamteigentums, welches eine Art des Miteigentums bedeutet. Das Gemeindevermögen (z. B. die Almende der Markgenossenschaft, d. h. der Landgemeinde des altdeutschen Rechts) war Vermögen der Gemeindegenossen, das Staatsvermögen (Volkland) Vermögen der Volksgenossen. Der Verfügung des einzelnen war dies Vermögen entrückt (er konnte z. B. nichts davon veräufsern), aber als Rechtsträger, Subjekt des Zweckvermögens ward nicht der Verband als solcher, sondern die Summe der Verbundenen gedacht. Das Zweckvermögen war nach deutsch-mittelalterlichem Recht gemeinsames Vermögen der natürlichen Personen, welche den gesellschaftlichen Zweckverband bildeten: es gab keine juristische Person.

Auch dem älteren römischen Recht war der Begriff der juristischen Person unbekannt. Das alte jus privatum (jus civile) war durchaus ein Recht nur für die Einzelperson (den civis), und daher nur die natürliche Person (Einzelperson) Rechtssubjekt auf dem Gebiete des altrömischen Privatrechts. Es gab schon in der alten Zeit Vereine (collegia, sodalitates), aber keine vermögensfähigen Vereine: das für die Zwecke des Vereins bestimmte Vermögen mufste formell als Vermögen eines einzelnen (eines Mitgliedes) gestellt und behandelt werden. Das Zweckvermögen der privaten Verbände war also nach altrömischem Privatrecht als solches rechtlich überhaupt nicht da.

Das öffentliche Zweckvermögen aber, das Vermögen des Staates (der römischen Bürgergemeinde) und der Staatsgötter, ward unter den Rechtsbegriff der dem Verkehr entzogenen Sachen (res extra commercium, vgl. unten § 59 I) gebracht. Das römische Volk war der römische Staat. Die Güter des Staates waren Güter des römischen Volkes: res publicae (populicae). Die res publicae bildeten den Gegensatz zu den res privatae. Sie standen nicht im Privateigentum, noch vermochten sie im Privateigentum zu stehen. Das römische Volk war keine Privatperson (keine juristische Person). Was das römische Volk besafs, war vielmehr dem Privateigentum und dem Privatverkehr entzogen (extra commercium). Nicht als ob das Volkland (ager publicus) nach römischem Recht gemeinsames Eigentum der Volksgenossen (so die deutsche Auffassung) gewesen wäre; es war vielmehr niemandes Eigentum (res nullius) und konnte niemandes Eigentum sein[1]. Das römische Volk war kein civis. Das römische Recht (jus civile) hatte für das öffentliche Zweckvermögen keine Form, die ihm Gestalt nach Art des Privatrechts gegeben hätte Das öffentliche Zweckvermögen war vielmehr aus dem Gebiete des Privatrechts ausgeschieden (extra commercium) und ausschliefslich dem öffentlichen Recht unterstellt. Was von dem Vermögen des römischen Staates (ager publicus und Geldvermögen, aerarium), das galt auch von seinem Vermögensverkehr. Der römische Staat (populus Romanus)

---

[1] Das sagt noch Gajus in l. 1 pr. D. de div. rer. (1, 8): quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt (hier wird noch im Sinne des alten Rechts nur der singulus als Privatperson angesehen). Derselbe Gedanke, dafs Personen (im Sinne des Privatrechts) nur die natürlichen Personen sind, dafs das Recht des municipium vielmehr ein Recht der municipes bedeute, kehrt sogar noch bei Ulpian wieder, Ulpian. tit. 22, 5: Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est (wegen der wechselnden Mitglieder), et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Hier klingt zugleich der ursprüngliche naive Gedanke an, dafs das Recht eines Verbandes vielmehr ein Recht aller, nämlich aller Verbundenen sei (wie im deutschen Recht). Aber was allen gehört, das gehört ebenso niemandem (zu Sonderrecht, Privatrecht), und diese Wendung des Gedankens ist für das ältere römische Recht mafsgebend gewesen.

schlofs durch seine Magistrate Rechtsgeschäfte ab (Verpachtung, Kauf und dgl.), aber auch für die Rechtsgeschäfte des populus Romanus galt kein jus privatum, sondern jus publicum. Aus den Rechtsgeschäften des Staates konnte nicht vor den ordentlichen Zivilgerichten geklagt werden. Der Staat gab nicht Recht wie ein Privatmann. Er schützte sein Vermögen (die res publicae) grundsätzlich selber durch Verwaltungshandlungen seiner Magistrate[2], und auf Grund der Rechtsgeschäfte des Staates konnte nur der Verwaltungsweg durch Beschwerde bei der Staatsbehörde beschritten werden. Der Staat war auch in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen immer Staat, Träger der Hoheitsrechte, dem einzelnen Bürger lediglich übergeordnet, nicht gleichgeordnet. Der populus Romanus war zu grofs, als dafs er, einer Privatperson gleich, in die Formen des Privatrechts hätte eingehen können. Darum war der römische Staat keine juristische Person, nicht vermögensfähig (im Sinne des Privatrechts). Wo der römische Staat stand, da wich das Privatrecht. Das Zweckvermögen des Staates ward auch formell als gesellschaftliches, öffentliches, nicht privates Vermögen behandelt. Nur das individualistische Vermögen hatte im altrömischen Privatrecht Raum.

Eine Art der res publicae bildeten die res sacrae (die den Staatsgöttern geweihten Sachen). Auch diese res sacrae waren dem Privatrecht entzogen (extra commercium) und wurden im Wege des Verwaltungsverfahrens geschützt, so dafs auch in bezug auf diese res sacrae nicht die Idee des Privateigentums einer juristischen Person (etwa der Götter oder einer Kultusanstalt), sondern vielmehr der Ausschlufs vom Privateigentum durchgesetzt wurde.

Auf dem Gebiete des jus privatum war nach altrömischem Recht nur die Einzelperson (die natürliche Person), wie auf dem Gebiete des jus publicum (und des jus sacrum) nur der Staat berechtigt.

Erst das Recht der römischen Kaiserzeit hat den Begriff einer juristischen Person in das Privatrecht eingeführt. Das öffentliche Zweckvermögen (die res publicae) trat in das

[2] Diebstahl an Staats- oder Göttergut sowie Beschädigung solcher Sachen ward von Amtswegen geahndet, Mommsen, Röm. Strafrecht S. 786 ff. 811.

commercium des Privatrechts ein (mit Ausnahme nur der zum unmittelbaren Gemeinbrauch bestimmten res publicae im engeren Sinn, vgl. § 59 I b). Das öffentliche Zweckvermögen ward privates Vermögen gleich dem Vermögen der natürlichen Einzelperson. Für diese Entwickelung scheint die gegen das Ende der Republik aufgekommene Ausbildung der Munizipalverfassung entscheidend gewesen zu sein. Das Vermögen der Stadtgemeinde (municipium) ward dem Privatrecht unterstellt und die Stadtgemeinde damit als Person in das Privatrecht aufgenommen. Nach Vorbild der Stadtgemeinde (ad exemplum rei publicae, d. h. nach Art der öffentlich-rechtlichen Gemeindeverbände) sind auch die erlaubten Vereine (collegia, sodalitates, universitates) als vermögensfähig auf dem Gebiete des Privatrechts anerkannt worden. Ja, nachdem das der kaiserlichen Verwaltung unterstehende öffentliche Vermögen (fiscus Caesaris) das gesamte Staatsvermögen in sich einbezogen hatte (das aerarium populi Romani, über welches der Senat Verwaltungsrechte besafs, ist spätestens seit Diokletian verschwunden), trat endlich auch der römische Staat als fiscus in die Zahl der Privatpersonen ein, wenngleich er in einer Reihe von fiskalischen Privilegien immer noch eine Erinnerung an seine ursprüngliche Befreiung vom Privatrechte bewahrte[8].

---

[8] Über das römische Staatsgut (aerarium und fiscus Caesaris) und über das neben dem fiscus sich entwickelnde (auf den Thronfolger als solchen vererbende) Krongut (patrimonium Caesaris) vgl. jetzt Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 347 ff. — Privilegia fisci nach dem Recht des Corpus Juris sind: 1. Das Veräufserungsprivileg: Erwerb von Fiskus ist ursprünglicher (von der Berechtigung des Fiskus unabhängiger) und darum das Recht eines Drittberechtigten (falls der Fiskus etwa über fremdes Eigentum verfügt hat) vernichtender Erwerb. Der Drittberechtigte ist auf einen Entschädigungsanspruch beschränkt, der überdies in 4 Jahren erlischt (das Veräufserungsprivileg begegnet zuerst bei den Ptolemäern und ist vielleicht aus dem ägyptisch-hellenistischen Recht in das römische Fiskalrecht übernommen, Mitteis, Griech. Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig, 1906, S. 18). 2. Das Ersitzungsprivileg: Eigentum des Fiskus kann (von Dritten) nicht ersessen werden. 3. Das Konkursprivileg: im Konkurs seines Schuldners hat der Fiskus ein Recht auf bevorzugte Befriedigung (privilegium exigendi). 4. Das Pfandrechtsprivileg: wegen aller seiner Forderungen, nur Strafforderungen ausgenommen, hat der Fiskus ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Schuldners (fiscus semper

Damit hatte die juristische Person in das römische Recht der Kaiserzeit ihren Einzug gehalten. Es galt nunmehr, ihr Wesen zu bestimmen.

Was bedeutet die private Rechtspersönlichkeit einer Körperschaft, z. B. der Gemeinde? Was heifst das: die Gemeinde (die Körperschaft) ist berechtigt, ist verpflichtet? Der Satz, den das römische Recht in den Tagen der klassischen Jurisprudenz herausgearbeitet hat, lautet: das Eigentum einer Körperschaft ist nicht das Eigentum mehrerer, sondern das Eigentum eines einzigen, nämlich des corpus (der Körperschaft als solcher). Die Körperschaft, die Gesamtheit ist privatrechtlich ein einzelner, ein neues Individuum neben den Mitgliedern, aus denen sie besteht. Der Sklav darf nicht gefoltert werden, um gegen seinen Herrn auszusagen, aber der Sklav einer Körperschaft kann durch Folter zu Aussagen gegen die Mitglieder der Körperschaft gezwungen werden: nec enim plurium esse videtur, sed corporis. Der Sklav einer Körperschaft (corpus) steht nicht im Miteigentum der einzelnen Mitglieder, sondern im Alleineigentum einer anderen (unsicht-

habet jus pignoris, l. 46 § 3 D. 49, 14) und zwar ein privilegiertes, d. h. älteren Pfandrechten vorgehendes Pfandrecht: das Pfandrecht für die Steuerforderung ist schlechtweg privilegiert, das für Kontraktsforderungen nur hinsichtlich des später erworbenen Vermögens. 5. Das Zinsprivileg: der Fiskus schuldet aus seinen Kontrakten keine Verzugszinsen (vgl. unten § 77). 6. Aus seinen Verkäufen kann der Fiskus nicht wegen Sachmangels mit Wandelungs- oder Minderungsklage (unten § 82) in Anspruch genommen werden. 7. Der Fiskus ist erbfähig (was nach römischem Recht für die juristischen Personen nicht schlechtweg galt). 8. Aufrechnung gegen eine fiskalische Forderung ist nur mit Gegenforderung gegen dieselbe Kasse (statio fisci) zulässig. Den letzteren (verwaltungstechnisch notwendigen) Rechtssatz hat auch das B.G.B. § 395: wie für den Fiskus, so auch zugunsten der Kommunalverbände des öffentlichen Rechts. Was sonst im B.G.B. zuunsten des Fiskus vorkommt (Anfall der erblosen Erbschaft, unter Umständen auch von Vereinsvermögen, B.G.B. § 45, Aneignungsrecht hinsichtlich preisgegebener Grundstücke, § 928) fällt nicht unter den Gesichtspunkt eines das normale Privatrecht aufser Kraft setzenden privilegium fisci. Nach dem B.G.B. steht der Fiskus unter dem gemeinen Privatrecht (nur zwei Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in E.G. 91. 92). Dementsprechend hat die Konkursordnung das Konkursprivileg nur noch für öffentliche Abgaben (K.O. § 61, Ziff. 2. 3), nicht mehr für die Forderungen des Fiskus. Die Privilegia fisci sind verschwunden.

baren, „juristischen") Person, des corpus. Ebenso: si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent, d. h. die Forderung der Körperschaft (z. B. einer Stadtgemeinde) ist nicht eine Forderung der Körperschaftsangehörigen und die Schuld der Körperschaft keine Schuld der Körperschaftsglieder. Die Mitglieder der Körperschaft können für die Schulden der Körperschaft nicht in Anspruch genommen werden. Forderungen und Schulden der Körperschaft bedeuten nicht gemeinsame Rechte noch gemeinsame Schulden der Mitglieder, sondern alleinige Rechte und alleinige Schulden einer anderen (unsichtbaren, „juristischen") Person: des corpus.

Die Gesamtheit, die unsichtbare und doch durch das Mittel der Körperschaftsverfassung lebendig wirksame Einheit der Mitglieder (der Verband) ist ein neues Rechtssubjekt, eine neue Privatperson, unterschieden von den Verbundenen. Die juristische Person des römischen Rechts ist der selbständig rechtsfähige Verband: das Vermögen der juristischen Person (z. B. der Stadtgemeinde) ist Vermögen des Verbandes, nicht der Verbundenen. Die Schulden der juristischen Person sind Schulden des Verbandes, nicht der Verbundenen. Die Gesamtheit ist als solche vermögensfähig und darum ihr Vermögen ein ihren Mitgliedern fremdes Vermögen, ihre Schuld eine ihren Mitgliedern fremde Schuld.

Die scharfe Scheidung zwischen der Körperschaft, dem Verband als solchem, und den einzelnen Gliedern, das ist der vom römischen Recht durchgeführte Grundgedanke. Die Körperschaft und ihre Glieder gehen einander für die Zuständigkeit des Körperschaftsvermögens privatrechtlich (formell) gar nichts an. Die Glieder sind für das Vermögen der Körperschaft im Rechtsverkehr, d. h. im Verhältnis nach aufsen, nicht Glieder, sondern Fremde. Der rechtsfähige Verband ist eine ganz andere Person, eine juristische Person, eine dritte Person neben und aufser den natürlichen Personen (den Mitgliedern).

Die Rechtssätze über die juristische Person treffen den Punkt, wo die über dem einzelnen stehenden körperschaftlichen Bildungen des Gemeinlebens, wo insbesondere die grofsen öffentlich-rechtlichen Organisationen, Staat, Kirche und Gemeinde,

in den Kreis des Vermögensrechts (Privatrechts) eintreten, um — im Interesse der Gesellschaft und damit im Interesse aller — ihren Anteil an den Gütern dieser Welt neben den einzelnen zu fordern. Das römische Privatrecht hatte ursprünglich keinen Raum für diese über das Mafs der Einzelpersönlichkeit mächtig hinausragenden körperschaftlichen Bildungen besessen. Es konnte und wollte ursprünglich nur ein Recht für die Vermögensverhältnisse der Privatperson im eigentlichen Sinne, d. h. der Einzelpersönlichkeit, sein. Es ist ihm, wie wir gesehen haben, dennoch gelungen, der Körperschaft den Eingang zum Privatrecht zu eröffnen. Aber die Schwierigkeit gerade, welche es zu lösen galt, hat dem römischen Recht von der juristischen Person seine sieghafte Gedankenklarheit gegeben. Das römische Privatrecht will sein ein Recht für die Einzelpersönlichkeit. So mufs auch die als Privatrechtssubjekt auftretende Körperschaft all ihr gesellschaftliches Wesen, all ihre Macht, durch welche sie die Gröfsenverhältnisse der Einzelperson überschreitet, formell dahintenlassen, es mufs selbst der allgewaltige Staat seine Krone niederlegen, um durch die niedere Tür des Privatrechts eingehen zu können. Die Körperschaft (auch der Staat und die Gemeinde) wird unter dem scharfen Meifsel des römischen Privatrechts, wie auch ihr Wesen öffentlich-rechtlich sein möge, zu einer neuen Art von Privatperson, welche in Reih und Glied mit den übrigen Einzelpersonen (den natürlichen Personen) eintritt. Das öffentliche Zweckvermögen wird formell Privatvermögen einer juristischen Person, d. h. einer Privatperson. Die überlieferten Denkformen des Privatrechts, der Begriff der Person (Einzelperson), das Alleineigentum, die Alleinschuld des Individuums können so unverändert auch auf diese neuen (körperschaftlichen) Privatrechtssubjekte angewandt werden. Der gesellschaftliche Verband ist rechtlich eine neue Einzelperson neben den übrigen. Daher die Klarheit, mit welcher sich der Verband als Privatrechtssubjekt von seinen Mitgliedern, das Vermögen des Verbandes von dem Vermögen der Verbundenen abhebt. Den Verband als Privatperson gesehen zu haben, den Verband von seinen Mitgliedern unterschieden und in das Privatrecht als „juristische“ Person, d. h. als selbständiges Vermögenssubjekt, den anderen Privatpersonen gleich, eingeführt zu haben, das ist das Kunst-

werk juristischer Technik, welches hier dem römischen Recht gelungen ist. Das deutsche Recht ist bei dem Begriff der natürlichen (mit den leiblichen Augen sichtbaren) Person stehen geblieben. Es hat reichere Formen der Rechtsgemeinschaft ausgebildet als das römische Recht und wenigstens in der zweiten Hälfte des Mittelalters durch eine mit körperschaftlicher Verwaltung sich verbindende („genossenschaftliche") Vermögensgemeinschaft gleiche praktische Erfolge zu erzielen vermocht wie das römische Recht mit seiner juristischen Person. Auch mag es sein, dafs in den deutschen Stadtrechten bereits die Ansätze zu der Behandlung der Stadtgemeinde nach Art eines selbständigen Rechtssubjekts gemacht sind. Die einfache Formel aber, welche das Vermögen der organisierten sozialen Verbände für das Alleinvermögen eines neuen idealen Subjekts erklärt und dadurch das Vermögen der Gesamtheit, das soziale Vermögen, in das Privatrecht einführt, um es klar und scharf von dem Vermögen der einzelnen Glieder des Verbandes zu sondern — die Formel der juristischen Person —, ist auf dem Gebiet des römischen Rechts gefunden und aus dem römischen Recht durch die Rezeption uns zu eigen gemacht worden[8].

---

[8] Vgl. zu dem obigen Mommsen, De collegiis et sodalitiis Romanorum (1843). Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 339 ff. (dem ich jedoch darin nicht beistimmen kann, dafs die von ihm für die römischen privaten Vereine entwickelten Sätze als Annäherung an deutschrechtliche Denkformen gedeutet werden könnten). Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3 (1881), S. 34—106. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 (1895), S. 456. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 1 ff. 59 ff. Sohm, Die deutsche Genossenschaft, Festschrift für Windscheid, 1888. Fr. H. Behrend, Die Stiftungen, Bd. 1 (1904). Hölder, Natürliche und juristische Personen, 1905. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907. — Aus der geschichtlichen Darstellung des Textes ergibt sich, dafs die Frage, ob das gesellschaftliche Zweckvermögen rechtlich subjektloses Vermögen oder aber Vermögen einer juristischen Person sei, keine Frage der Logik, sondern eine Frage des positiven Rechts bedeutet. Das Zweckvermögen (im wirtschaftlichen Sinne) kann auch für die juristische Auffassung blofses „Zweckvermögen", d. h. niemandem gehöriges, nur durch den Zweck gebundenes Vermögen sein. Dann aber steht es aufserhalb des Privatrechts (res extra commercium). So das ältere römische Recht. Oder aber: das Zweckvermögen ist juristisch Personenvermögen. Dann kann es wiederum entweder gemeinsames Vermögen natürlicher Personen

L. 1 § 1 D. quod cujusque univ. nom. (3, 4) (GAJUS): Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cujusque

---

(deutsches Recht) oder Alleinvermögen einer juristischen Person (klassisches römisches Recht) darstellen. Der Begriff „Zweckvermögen" aber bedeutet nicht, wie Brinz, Pandekten (3. Aufl., Bd. 1, S. 224 ff.) meint, eine Formel für das innerhalb des Privatrechts stehende soziale Vermögen, sondern das gerade Gegenteil. Das Privatrecht kennt nur Personenvermögen. Ebenso erledigt sich durch die Geschichte die vielumstrittene Frage, ob die juristischen Personen „fingierte" (so die wenigstens früher herrschende romanistische Theorie) oder „reale" Personen seien. Die letztere Ansicht ist namentlich von Gierke vertreten worden (sogenannte germanistische Theorie). Gierkes Lehre will sagen, daſs die juristischen Personen auch auſserhalb der Rechtsordnung persönliches Dasein haben. Dagegen mit Recht Hölder und Binder a. a. O. (die aber ihrerseits mit Unrecht die Rechtsform der juristischen Person überhaupt ablehnen). Nur die Persönlichkeit des Menschen ist der Rechtsordnung gegeben (ist Voraussetzung und Quelle der Rechtsentwickelung); die „Persönlichkeit" der gesellschaftlichen Verbände ist dagegen erst auf einer bestimmten Entwickelungsstufe von der Rechtsordnung erzeugt, d. h. sie besteht nur innerhalb und vermöge der Rechtsordnung. Sie bedeutet lediglich Rechtsfähigkeit (die aber nicht „fingiert", sondern im Rechtssinne wirklich ist), d. h. die Tatsache, daſs auf den Namen dieser Verbände Rechte und Schulden lauten können, so daſs in ihrem Namen mit rechtlicher Wirkung gehandelt werden kann. Sie besitzen einen Personennamen (darin erschöpft sich formal das Wesen der Rechtsfähigkeit), d. h. ihre Interessen sind als solche des Rechtsschutzes (durch Rechtserwerb, durch Rechtshandlung in ihrem Namen) fähig. Sie sind in das Namenregister (Personenregister) des Privatrechts eingetragen, ganz gerade so wie die natürlichen Personen. Auch sie stehen in dem goldenen Buche, aber nicht kraft ihres Wesens (kraft angeborener, natürlicher Persönlichkeit), sondern kraft des positiven Rechts, welches ihnen Rechtsfähigkeit verleiht. Warum ist das geschehen? Um die gesellschaftlichen Verbände selbständig wirtschaftsfähig zu machen gleich dem Individuum. Ein praktisches Bedürfnis drängt zur Erzeugung der juristischen Person (des Privatrechts) in demselben Augenblick, in welchem die sozialen Verbände (z. B. der Staat, die Stadt) eine Sonderwirtschaft der Gesamtheit (für die Zwecke der Gesamtheit als solcher, z. B. Militärwesen, Schulwesen) neben der Wirtschaft der einzelnen hervorbringen. Die Sonderwirtschaft fordert das Sondereigentum der Gesamtheit, und das Recht schafft die Rechtsform für die Sonderwirtschaft der Gesamtheit durch die „juristische Person". Daſs auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts die Auffassung des Verbandes (des Staates) als Trägers des öffentlichen Regierungsrechts lediglich eine bestimmte Stufe der Rechtsentwickelung, nicht einen ewigen Naturrechtssatz zum Ausdruck bringt, braucht nur gesagt zu werden. Die

alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.

L. 7 § 1 eod. (Ulpian.): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

L. 1 § 7 D. de quaest. (48, 18) (Ulpian.): Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit illorum servus, sed reipublicae, idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis.

L. 16 D. de verb. sign. (50, 16) (Gajus): civitates enim privatorum loco habentur.

§ 38.

Vereine und Stiftungen.

Wir unterscheiden heute zwei Arten von juristischen Personen: juristische Personen des öffentlichen Rechts (B.G.B. § 89) und juristische Personen des Privatrechts. Jene sind die durch das öffentliche Recht geschaffenen, diese die durch privates Rechtsgeschäft hervorgebrachten rechtsfähigen Verbände. Die juristischen Personen des Privatrechts sind entweder rechtsfähige Vereine (B.G.B. § 21 ff.) oder rechtsfähige Stiftungen (B.G.B. § 80 ff.): dort ist der Verband, dem die Rechtsfähigkeit zukommt, durch privaten personenrechtlichen Vertrag (Vereinsvertrag), hier ist er durch privates personenrechtliches einseitiges Rechtsgeschäft des Stifters (Stiftungsgeschäft) erzeugt worden; dort dient die körperschaftliche Verfassung, d. h. die Einsetzung eines Vorstandes, durch welchen der Verband nach

---

Gesellschaft fordert heute die öffentliche Gewalt für sich, die einst dem Herrscher allein, in noch älteren Zeiten allen Volksgenossen gemeinsam gehörte. Die juristische Person ist die (im römischen Kaiserreich vorgebildete) Rechtsform des modernen Rechts für die (dem Gemeininteresse dienende) Sonderwirtschaft der Gesellschaft einerseits, für die Allherrschaft der Gesellschaft andererseits. Die juristische Person verdankt ihr Dasein nicht irgend welcher natürlichen „realen Verbandspersönlichkeit“, sondern ausschliefslich der geschichtlich entwickelten Macht der gesellschaftlichen Verbände, die unser Recht in dieser, von ihm im Anschlufs an das römische Recht geschaffenen positiven Form zum Ausdruck bringt.

aufsen als Einheit auftritt, den gemeinsamen Zwecken der Vertragsgenossen (der Mitglieder), hier dient sie den Zwecken des Stifters, d. h. der von ihm bestimmten Veranstaltung. Rechtsfähiger Verein ist eine kraft Privatrechts rechtsfähige körperschaftlich verfafste Personengesamtheit. Rechtsfähige Stiftung ist eine kraft Privatrechts rechtsfähige körperschaftlich verfafste Anstalt[1].

Wie aber werden private Vereine und Stiftungen der Rechtsfähigkeit teilhaftig werden?

Die Rechtsfähigkeit (juristische Persönlichkeit) der öffentlich-rechtlichen Verbände wurzelt im öffentlichen Recht. Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten sind kraft allgemeinen Rechtssatzes juristische Personen (zugleich des öffentlichen und des Privatrechts). Einer besonderen Verleihung der juristischen Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) bedarf es hier nicht. Die Rechtsform der juristischen Person ist gerade zu dem Zweck erzeugt worden, um diesem Vermögen der öffentlichen Körperschaften und Anstalten (dem für das Gemeininteresse bestimmten sozialen Vermögen) die zweckentsprechendste Gestalt zu geben.

Anders stehen die privaten Vereine und Stiftungen. Vereinsbildung und Stiftung dienen dem Sonderinteresse des einzelnen. Soll die für das öffentliche Vermögen ausgebildete Rechtsform der juristischen Person auch dem privaten Willen dienstbar sein? Soll es möglich sein, im privaten Interesse Vermögen ebenso für einen bestimmten Zweck dinglich zu binden, wie das öffentliche Zweckvermögen durch die Rechtsform der juristischen Person dinglich (der Zuständigkeit des Eigentums nach, so dafs nur im Namen dieser idealen Person gültig über dies Vermögen verfügt werden kann) für seine Zwecke gebunden ist? Diese Frage ist vom römischen Recht verneint worden.

---

[1] Auch die Stiftung mufs einen Vorstand, d. h. körperschaftliche Verfassung, haben (B.G.B. § 86 mit § 26). Körperschaften im weiteren Sinn (d. h. körperschaftlich verfafste Verbände) sind alle juristischen Personen: Verleihung von Körperschaftsrechten („Korporationsrechten") bedeutet Verleihung der juristischen Persönlichkeit. Vereine sind Körperschaften im engeren Sinn, d. h. Verbände, die nicht blofs körperschaftliche Verfassung, sondern auch körperschaftliches Selbstbestimmungsrecht besitzen. Das letztere fehlt den Stiftungen.

Das römische Recht kennt nur juristische Personen des öffentlichen Rechts.

In den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit erscheinen kaiserliche Alimentenstiftungen für Italien (zur Auszahlung von Unterstützungen an arme Kinder). Sie sind staatliche Anstalten und werden als verselbständigte Teile des Staatsvermögens (fiscus) gedacht. Privatpersonen konnten keine Stiftung mit eigenem Vermögen (d. h. mit eigener Rechtspersönlichkeit) errichten. Der Privatmann mochte Vermögen einer schon bestehenden juristischen Person (z. B. einer Stadtgemeinde) zuwenden (durch Schenkung oder Vermächtnis) mit der Zweckbestimmung (Auflage), dafs dies Vermögen in gewisser Weise, z. B. bei Feiern und Festessen, zu verwenden sei[2]. Dadurch kam eine Stiftung im untechnischen (weiteren) Sinn (eine „fiduziarische Stiftung") zustande: eine Vermögenswidmung von blofs obligatorischer Wirkung (die empfangende juristische Person war zu der vorgeschriebenen Verwendung des Vermögens verpflichtet). Eine Stiftung im Rechtssinne war solche private Stiftung nicht: es war kein neues Rechtssubjekt erzeugt worden, dem das gewidmete Vermögen als besonderes, ihm eigenes Vermögen gehört hätte (die Stiftung im Rechtssinn hat dingliche, dies Vermögen der Eigentumszuständigkeit nach von allem anderen Vermögen absondernde Wirkung)[3]. Mit anderen Worten: das klassische

---

[2] Vgl. zu dem obigen Pernice, Labeo, Bd. 3, S. 150 ff. 164 ff.

[3] Errichtet jemand eine Stipendien-„Stiftung" dadurch, dafs er einer Universität Vermögen zuwendet mit der Bestimmung, dafs aus den Zinsen Stipendien zu zahlen seien, so liegt eine Stiftung im untechnischen Sinne vor: dies Vermögen gehört nicht der „Stiftung" (solche Stiftung ist keine juristische Person), sondern der Universität, und die Universität ist nur zu der vorgeschriebenen Verwendung dieses Teiles ihres Vermögens verpflichtet: die Zweckbestimmung hat keine dingliche Wirkung (für die Zuständigkeit des Eigentums), sondern nur Verpflichtungswirkung für die Verwendung des Eigentums. Eine Stiftung im Rechtssinn liegt dagegen vor, wenn die Stipendien-Stiftung mit selbständiger Persönlichkeit bekleidet und dies Vermögen ihr eigenes Vermögen ist. Stiftung im untechnischen Sinne bedeutet Widmung von Vermögen durch Vermögenszuwendung an ein bestehendes Rechtssubjekt, Stiftung im Rechtssinn aber Widmung von Vermögen durch Vermögensabsonderung für ein neues Rechtssubjekt.

Kaiserrecht kannte als Stiftung im Rechtssinn nur die kaiserliche (staatliche) Anstalt.

In der christlichen Kaiserzeit (seit dem 5. Jahrhundert) kommt die durch private Personen geschaffene Stiftung (im Rechtssinn), aber diese nur in der Gestalt der pia causa (pium corpus), der frommen Stiftung, d. h. der Wohltätigkeitsanstalt, auf. Die Vermögenswidmung (durch Schenkung oder letztwillige Verfügung) zugunsten von Armen, Kranken, Gefangenen, Waisen, Greisen erzeugt nunmehr als solche ein neues Rechtssubjekt (die Armenanstalt, Krankenanstalt usw.), der dies Vermögen als eigenes Vermögen (als das Vermögen einer neuen juristischen Person) zugehört. Der Gesichtspunkt aber ist der, daſs dies Stiftungsgut eine Art des Kirchenguts bedeutet. Die pia causa untersteht dem Kirchenregiment (dem Bischof bzw. dem kirchlichen Verwalter). Die pia causa ist eine kirchliche, d. h. eine öffentliche Anstalt. Deshalb nimmt sie an der kraft allgemeinen Rechtssatzes bestehenden Vermögensfähigkeit der kirchlichen Anstalten teil. Einer besonderen Verleihung der juristischen Persönlichkeit bedarf es nicht. Das Vermögenswidmungsgeschäft (Schenkung, letztwillige Verwendung) genügt nach römischem Recht, die fromme Stiftung (pia causa) als Stiftung im Rechtssinn, als neues Rechtssubjekt hervorzubringen. Der Satz aber, daſs nur die fromme Stiftung als vermögensfähige Stiftung (juristische Person) von der Privatperson geschaffen werden kann, fällt mit dem anderen zusammen, daſs nach römischen Recht nur die öffentliche, also (in christlicher Zeit) neben den Veranstaltungen des Staates nur die kirchliche Anstalt der juristischen Persönlichkeit fähig ist.

L. 48 C. de episc. (1, 3) (Justinian.): Si quis — captivos scripserit heredes — sancimus talem institutionem — valere. — § 1: Sed et si pauperes quidam scripserit heredes et non inveniatur certum ptochium vel certae ecclesiae pauperes — et hujusmodi institutionem valere decernimus. § 2: Et si quidem captivos scripserit heredes, civitatis — episcopus et oeconomus hereditatem suscipiant et omnino in redemptione captivorum procedat hereditas — nullo penitus ex hoc lucro vel oeconomo vel episcopo vel sacrosanctae ecclesiae relinquendo.

Wie die Stiftungen, so hat das römische Kaiserrecht auch die Vereine behandelt. Das Recht der römischen Kaiserzeit verbietet grundsätzlich (mit wenig Ausnahmen) alle Vereine. Es gibt keine Vereinsfreiheit[4]. Nur diejenigen Vereine sind erlaubt, denen durch lex specialis (Privileg) das Dasein gegeben ist[5]. Der Staat schafft den erlaubten Verein durch sein Gesetz, die lex collegii (Kaisergesetz, Senatsbeschlufs), nicht die Privatperson. Der durch Staatsgesetz erzeugte Verein aber ist ein Glied der staatlichen Organisation. Er ist eine öffentliche Körperschaft. Er geniefst daher kraft allgemeinen Rechtssatzes die Vermögensfähigkeit der staatlichen Verbände „ad exemplum reipublicae" (l. 1 § 1 D. 3, 4, oben S. 219). Einer Verleihung der juristischen Persönlichkeit bedarf es auch hier nicht. Dem römischen Recht ist die Verleihung der juristischen Persönlichkeit als solche überhaupt unbekannt. Es besteht (in der Kaiserzeit) nur der allgemeine Rechtssatz zugunsten der Rechtsfähigkeit öffentlicher Körperschaften. Die juristische Person ist ausschliefslich die Rechtsform für das öffentliche Vermögen, und Vereine sowie Stiftungen können an der juristischen Persönlichkeit nur dann Anteil haben, wenn sie in die Reihe der öffentlichen Körperschaften aufgenommen worden sind. Der Privatverein als solcher ist von der juristischen Persönlichkeit ausgeschlossen.

L. 1 pr. D. quod cujusque univ. (3, 4) (Gajus): Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur; paucis admodum in casibus concessa sunt hujusmodi corpora. Vgl. l. 3 § 1 D. de colleg. (47, 22).

---

[4] Vgl. zu dem obigen Pernice, Labeo, Bd. 1, S. 289 ff. Mommsen, Staatsrecht, Bd. 2, S. 886.

[5] Durch lex specialis erlaubte und folgeweise rechtsfähige Vereine waren z. B. die societas publicanorum (socii vectigalium publicorum), d. h. der Verein der Steuerpächter, ebenso die Vereine der Pächter von staatlichen Gold-, Silber-, Salzwerken, auch Innungen von Gewerbetreibenden, z. B. die Bäckerinnung, die Schifferinnung in Rom (alle diese Verbände dienten staatlichen Zwecken), vgl. l. 1 D. 3, 4. Kraft allgemeinen Rechtssatzes waren (ausnahmsweise) erlaubt die Hilfskassenvereine der niederen Klassen (collegia tenuiorum, collegia funeraticia), l. 1, D. 47, 22, vgl. E. Loening, Gesch. d. Kirchenrechts, Bd. 1, S. 203 ff.

L. 20 D. de reb. dub. (34, 5) (PAULUS): Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur[6]: cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.

Erst innerhalb der deutschen Rechtsentwickelung ist der privaten Stiftung und dem privaten Verein als solchen der Zugang zur juristischen Persönlichkeit eröffnet worden, aber immer unter bestimmten Vorbehalten.

Seit der Reformation löste sich das Stiftungswesen von der Kirche. Die Stiftung, auch die „fromme Stiftung", war als solche nunmehr etwas Weltliches. Der Staat nahm die Stiftungen unter seine Aufsicht. Das Sonderrecht der piae causae fiel hinweg. Auch andere Stiftungen mochten gleichfalls jetzt Rechtsfähigkeit erwerben. Für alle privaten Stiftungen ohne Unterschied aber ist seitdem der Rechtssatz ausgebildet worden, dafs sie Rechtsfähigkeit lediglich durch landesherrliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit erlangen. Es sind (auch heute noch) zwei Rechtshandlungen notwendig, um eine Stiftung im Rechtssinn (die rechtsfähige private Anstalt) ins Leben zu rufen: 1. das private Stiftungsgeschäft des Stifters (mit der Vermögenszuwendung), 2. die staatliche Verleihung der Persönlichkeit (die „Genehmigung" der Stiftung als eines besonderen

[6] Dem collegium licitum, dem rechtsfähigen Verein, stand also seit Mark Aurel ohne weiteres auch die Vermächtnisfähigkeit zu. Die Fähigkeit, zum Erben eingesetzt zu werden, besafsen die collegia aber nach römischem Recht nur kraft besonderen Privilegs (l. 8 C. 6, 24: collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est), während der Fiskus und die Städte schon nach klassischem Kaiserrecht (vgl. l. 1 D. 38, 3), nach justinianischem Recht auch die Kirchen und frommen Stiftungen kraft ihrer juristischen Persönlichkeit zugleich die Erbfähigkeit besafsen. Heute ist allen juristischen Personen als solchen auch die Erbfähigkeit zuständig. Man sieht deutlich, wie im römischen Recht die volle private Rechtsfähigkeit der juristischen Personen erst allmählich sich durchsetzte (vgl. oben S. 212 Anm. 1). Zunächst besafs die juristische Person nur die Vermögensfähigkeit; die Erbfähigkeit bedeutet, dafs sie auch der personenrechtlichen Privatrechte fähig geworden ist (vgl. oben § 29), wenngleich die juristische Person von den aus den eigentlichen Familienverhältnissen entspringenden Rechten durch ihre Natur ausgeschlossen ist.

Rechtssubjekts). Die dauernde Bindung von Vermögen, welche in der Stiftung liegt, bedarf der Gutheifsung des Staates. Der privaten Stiftung soll als solcher die Rechtsfähigkeit zugänglich sein, aber der Staat will mitwirken, weil tatsächlich auch heute in der Errichtung einer Stiftung im Rechtssinn die Gleichsetzung von Privatvermögen mit öffentlichem Vermögen liegt.

B.G.B. § 80: Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung ist aufser dem Stiftungsgeschäfte die Genehmigung des Bundesstaates erforderlich, in dessen Gebiete die Stiftung ihren Sitz haben soll.

Ähnlich wie den Stiftungen ist es den Vereinen ergangen. Der seit dem 16. Jahrhundert sich entwickelnde absolute Polizeistaat war den privaten Vereinen gerade so feindlich wie das römische Kaiserreich. Der Grundsatz der Vereinsfreiheit ward beseitigt. Nur der obrigkeitlich genehmigte Verein durfte im Polizeistaat sein. Die Rechtsfähigkeit des Vereins hatte landesherrliche Verleihung zur Voraussetzung. Erst im Laufe des 19. Jahrhunderts hat das deutsche öffentliche Recht die Vereinsfreiheit wenigstens im Grundsatz wieder aufgerichtet. Der private Verein bedarf jetzt (im allgemeinen) zu seiner Bildung von öffentlichen Rechts wegen keiner obrigkeitlichen Genehmigung mehr. Das Privatrecht aber hat noch heute die Gedanken des Polizeistaats nicht völlig überwunden. Für eine Reihe von Einzelfällen (so z. B. für die Aktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die eingetragenen Genossenschaften) hat die Gesetzgebung unserer Zeit, insbesondere des Deutschen Reiches, die Vermögensfähigkeit auch des Privatvereins durch allgemeinen Rechtssatz anerkannt. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hat den Kreis der so bevorzugten Vereine zugunsten der „nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb" gerichteten Vereine erweitert (sie sollen, wenngleich unter gewissen Einschränkungen, die Rechtsfähigkeit des Privatrechts durch Eintragung in das Vereinsregister erwerben). Im übrigen aber steht noch immer der Grundsatz aufrecht, dafs für die privaten Vereine die juristische Persönlichkeit durch staatliche Verleihung erworben werden mufs. Wir haben heute juristische Personen des Privatrechts. Der Staat ist nicht mehr im Alleinbesitz der Macht zur Schaffung rechtsfähiger Verbände. Es gibt private Rechtsgeschäfte von körperschaftzeugender Kraft.

Aber der Staat will die Hand nicht ganz davon lassen. In der Vereinsbildung besitzt die Privatperson ein Mittel, das öffentliche Wesen zu beeinflussen, und in der Vermögensfähigkeit des Vereins liegt eine Handhabe, privatem Vermögen die Dauerkraft und Ansammlungsfähigkeit öffentlichen Vermögens zu gewähren. Daher der Kampf zwischen den beiden politischen Grofsmächten der Gegenwart, dem Staat und dem einzelnen, um die Erlaubtheit und sodann um die juristische Persönlichkeit (die „Korporationsrechte") der Vereine, und in dem sonst so granitenen Boden des Privatrechts spüren wir hier ein unterirdisches Zittern. Die juristische Persönlichkeit macht ihre Träger zur Überperson, sie, gleich der Tarnkappe, verbergend und doch mit ungeahnter Kraft erfüllend. Einst hat die juristische Person dem Staat gedient, sich in einen einzelnen zu verwandeln, damit das öffentliche Vermögen der Rechtsformen des Privatvermögens teilhaftig sei. Jetzt ist die Frage, wie weit sie dem einzelnen dienen kann und darf, durch Bildung von sozialem Vermögen seine gesellschaftlichen Schöpfungen mit Kräften nach Art der staatlichen Verbände zu erfüllen.

B.G.B. § 21: Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. § 22: Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung.

Das Mittel der Vereinsbildung ist die Organisation: die verfassungsmäfsige Unterordnung der Vereinsglieder unter die Vereinsgewalt, damit die Gesamtheit, die Körperschaft, frei (handlungsfähig) und, falls sie die Rechtsfähigkeit erlangt, auch vermögensfähig werde. Dadurch ist der Gegensatz zwischen dem rechtsfähigen Verein (Körperschaft) und der blofsen Gesellschaft (der societas) gegeben. Das Mittel der Sozietätsbildung ist die Obligation. Die societas des römischen Rechts bedeutet lediglich einen Kontrakt, gleich anderen Kontrakten, durch den die Mitglieder zu bestimmten Leistungen zwecks Erreichung eines gemeinsamen Zieles (z. B. um zusammen eine Flasche Wein zu trinken) sich gegeneinander verpflichten, vgl. unten § 82.

Die Sozietät des römischen Rechts ist (nach aufsen, d. h. für Dritte) nichts, der socius ist alles. Die Sozietät ist nicht handlungsfähig, noch vermögensfähig: sie kann als solche weder die Flasche Wein kaufen, noch die Flasche Wein zum Eigentum erwerben, noch den Preis für die Flasche schuldig sein. Das alles können nur die socii. Die Sozietät ist lediglich ein Rechtsverhältnis unter den socii (für niemand sonst vorhanden); der rechtsfähige Verein aber ist ein neues Rechtssubjekt, eine Gesamtheit, die als rechtsfähige Einheit, als Kontrahentin, Eigentümerin, Schuldnerin jedem Dritten gegenübertritt. Es gibt Körperschaftsvermögen, aber kein Sozietätsvermögen im eigentlichen Sinne des Wortes. Das römische Recht hat den Rechtssatz, dafs zur Schaffung einer Körperschaft mindestens drei Mitglieder notwendig sind (tres faciunt collegium), während ein Sozietätsvertrag selbstverständlich schon unter zweien möglich ist. In diesem Rechtssatz spiegelt sich der Gegensatz der beiden Bildungen. Drei ist die Mindestzahl für Fassung eines Mehrheitsbeschlusses[7]. Mindestens drei müssen sein, damit ein Wollen und ein Handeln der Körperschaft (der universitas als solcher) ins Leben gerufen werden könne, das vom Wollen und Handeln der einzelnen sich unterscheidet. Ist mit drei Mitgliedern ein rechtsfähiger Verein zustande gebracht worden, so erhebt sich über den dreien ein Vierter, ein neues Rechtssubjekt: die universitas, das collegium, das corpus. Der unsichtbare Vierte ist die durch Organisation geschaffene, vom Wechsel der Mitglieder unabhängige, soziale Person: die juristische Person, — die Überperson.

L. 85 D. de V. S. (50, 16) (Marcellus): Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.

---

[7] Pernice, Labeo, Bd. 1, S. 292 weist auf diesen Grund des römischen Rechtssatzes hin. — Für die Fortdauer des einmal gegründeten corpus bedarf es der Erhaltung der Dreizahl nicht, l. 7 § 2 D. quod cujusque univ. (3, 4): auch wenn universitas ad unum redit, stat nomen universitatis. — Nach B.G.B. § 56 bedarf es für die Eintragung eines nicht auf einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Vereins in das Vereinsregister (damit erlangt ein solcher Verein die Rechtsfähigkeit) der Mindestzahl von sieben Mitgliedern.

Zweites Kapitel.

Die Rechtsgeschäfte.

§ 39.

Einleitung.

Die Rechtsfähigkeit der Person äufsert sich praktisch darin, dafs in ihrem Namen mit rechtlicher Wirkung (Begründung, Geltendmachung, Änderung von Rechtsverhältnissen) gehandelt werden kann. Ihre Interessen können durch eine auf ihren Namen gehende Geschäftsführung wahrgenommen werden: sie hat die Geschäftsherrschaft, d. h. die Wirkungen des Geschäfts (Rechte, Verbindlichkeiten); die Geschäftsführung, d. h. die Vornahme des Geschäfts kann einem Vertreter (unten § 45) zuständig sein. Das vornehmste Mittel der Geschäftsführung, durch welche sich die Rechtsfähigkeit der Person verwirklicht, sind auf dem Gebiet des Privatrechts die Rechtsgeschäfte.

§ 40.

Begriff und Arten des Rechtsgeschäfts.

Wir machen die Wahrnehmung, dafs für den Eintritt eines rechtlichen Erfolges der Wille des beteiligten Subjekts bald gleichgültig (so bei der Klagverjährung), bald erheblich ist, und zwar ist er entweder in dem Sinn erheblich, dafs das Recht diesem Willen widersprechen will (so in den Fällen des Delikts), oder in dem Sinn, dafs das Recht diesem Willen entsprechen will (so in den Fällen des Rechtsgeschäfts). Die Rechtsgeschäfte des Privatrechts (z. B. der Kaufvertrag, Mietvertrag, Eheschliefsungsvertrag) dienen dem Willen der Privatperson, um gewisse rechtliche Erfolge herbeizuführen. Das Rechtsgeschäft des Privatrechts ist die vom Recht zu willensgemäfser Wirkung bestimmte (in diesem Sinne privatrechtlich erhebliche) Willenserklärung der Privatperson. Und zwar kommt in dem Rechtsgeschäft entweder der Wille nur einer Person zum Ausdruck und zur Geltung (sogenannte einseitige Rechtsgeschäfte) oder der übereinstimmende

Wille, consensus, mehrerer Personen (sogenannte zweiseitige Rechtsgeschäfte oder Verträge).

Ein einseitiges Rechtsgeschäft ist z. B. das Testament, das Stiftungsgeschäft (oben S. 225), die Kündigung.

Verträge im Rechtssinne sind, wie aus dem Obigen sich ergibt, rechtlich erhebliche Willenseinigungserklärungen.

Die Verträge des Vermögensverkehrs sind entweder auf Erzeugung eines Schuldverhältnisses (Verpflichtungsgeschäfte) oder auf gegenwärtige Änderung eines bestehenden Vermögensrechts, z. B. Befreiung des Schuldners, Übertragung des Eigentums oder einer Forderung, Bestellung eines Niefsbrauchs, eines Pfandrechts gerichtet (Verfügungsgeschäfte). Das Verpflichtungsgeschäft (auch obligatorischer Vertrag, Kontrakt genannt) vermag eine Rechtsänderung zuzusagen (so z. B. der Kauf); nur das Verfügungsgeschäft (auch dinglicher Vertrag genannt) vermag die Rechtsänderung zu bewirken (so z. B. die Übereignung der gekauften Sache an den Käufer). Das Verpflichtungsgeschäft bezieht sich auf eine zukünftige Leistung; das Verfügungsgeschäft stellt die gegenwärtige Leistung (Vermögensänderung) dar: die Verfügungsgeschäfte sind die Leistungsgeschäfte oder, was dasselbe ist, die Zuwendungsgeschäfte des Verkehrs.

L. 1 § 2 D. de pactis (2, 14) (Ulpian.): Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

Eine andere Einteilung der Rechtsgeschäfte ist die in negotia mortis causa und negotia inter vivos. Negotia mortis causa sind die Verfügungen von Todes wegen, d. h. die Rechtsgeschäfte (z. B. das Testament, die Schenkung von Todes wegen), welche durch den Tod des Verfügenden inhaltlich bedingt sind (insbesondere also Verfügungen über den Nachlafs). Sie werden erst mit dem Tode des Verfügenden endgültig wirksam und sind deshalb regelmäfsig letztwillige, d. h. bis zum Tode widerrufliche Rechtsgeschäfte (sie gelten in der Regel nur kraft des letzten Willens des Verfügenden). Negotia inter vivos sind alle anderen Rechtsgeschäfte [1].

---

[1] Die römischen Juristen haben eine allgemeine Lehre vom Rechtsgeschäft nicht ausgebildet. Sie haben nicht einmal Ausdrücke, welche das

Das Recht hat eine Reihe von Rechtsgeschäftstypen ausgebildet (z. B. Kauf, Miete, Darlehn, Testament). Jedem einzelnen Rechtsgeschäftstypus entsprechen bestimmte Rechtssätze. Essentialia negotii nennt man den für die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschäftstypus notwendigen, naturalia negotii den bei diesem Geschäftstypus regelmäfsigen Geschäftsinhalt, accidentalia negotii sind Änderungen der naturalia. So sind essentialia des Kaufs, dafs der eine die Ware, der andere den Preis zu leisten hat; zu den naturalia gehört die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Rechtsmängel und für Sachmängel (unten § 82); accidentalia sind vereinbart, wenn z. B. der Verkauf bedingt oder mit Zeitbestimmung (es ist etwa der Preis gestundet) geschlossen ist. Die essentialia ergeben sich aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts (des Geschäftstypus), die naturalia aus der den Geschäftswillen ergänzenden Verkehrssitte bezw. aus ergänzenden (der Verkehrssitte entsprungenen) Rechtssätzen, die accidentalia endlich aus den Nebenbestimmungen (Klauseln, unten § 43), welche von den Parteien vereinbart sind.

§ 41.

Der Tatbestand des Rechtsgeschäfts.

Der Tatbestand eines Rechtsgeschäftes (Kauf, Miete usw.) ist Willenserklärung. Also zwei Tatbestandsstücke: 1. Wille, 2. Erklärung.

I. Der Wille. Der beabsichtigte und kundgegebene Willensmangel ist erheblich: das Rechtsgeschäft ist nichtig. Fälle dieser Art sind die Scheinerklärung (Simulation) und die Scherzerklärung. Simulation ist die zweiseitig gewollte

---

Rechtsgeschäft oder den Vertrag als solchen bezeichnen. Actus (auch actio) ist ein Ausdruck für jedes rechtlich erhebliche Geschäft, also auch für jedes Rechtsgeschäft, aber er geht darüber hinaus, indem er auch die staatsrechtliche Verhandlung (agere cum populo) mit umfafst. Pactum ist die allgemeine Bezeichnung für jede Vereinbarung, aber mit Ausschlufs derjenigen Vereinbarungen, die bereits einen technischen Namen haben (nexum und stipulatio sind den Römern keine pacta). Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 144 ff. Die allgemeine Lehre von den Rechtsgeschäften ist erst durch die neuere Rechtswissenschaft entwickelt und tritt darum für die folgende Darstellung das moderne Recht teilweise stark hervor.

(vom Erklärenden und Erklärungsempfänger vereinbarte) Abweichung des Willens von der Erklärung: es wird z. B. Scheines halber ein Kauf geschlossen, nur um den Wert der Sache Dritten höher erscheinen zu lassen. Das Scheingeschäft ist nichtig. Wird durch das Scheingeschäft ein anderes wirklich gewolltes Rechtsgeschäft verdeckt (es sollte wirklich verkauft sein, aber billiger), so ist das verdeckte (dissimulierte) Rechtsgeschäft gültig, falls genügende Erklärung vorliegt[1]. Scherzerklärung liegt vor bei einseitig gewollter, aber nach Meinung des Erklärenden genügend kundgegebener Abweichung des Willens von der Erklärung. Auch die Scherzerklärung ist nichtig, aber falls Erklärungsempfänger entschuldbar die Erklärung für ernstlich hielt, haftet ihm nach heutigem Recht (B.G.B. §§ 118. 122) der Erklärende auf das sogenannte negative Geschäftsinteresse, d. h. auf Ersatz des durch den Glauben an die Gültigkeit des Geschäfts verursachten Schadens (ein Fall der sogenannten culpa in contrahendo).

Der beabsichtigte, aber nicht kundgegebene Willensmangel ist unerheblich. Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Mentalreservation, d. h. die einseitig gewollte und zugleich verschwiegene Abweichung des Willens von der Erklärung. Das Rechtsgeschäft ist gültig, es sei denn, dafs der Erklärungsempfänger den inneren Vorbehalt dennoch kannte (B.G.B. § 116).

Schwierigkeiten machen nur die Fälle des unbeabsichtigten Willensmangels: die Fälle des sogenannten Geschäftsirrtums. Der Geschäftsirrtum (auch wesentlicher Irrtum genannt) hat drei Erscheinungsformen (vgl. B.G.B. §§ 119. 120). 1. Die mifsverstandene Erklärung, d. h. der Erklärende hat seine eigene

---

[1] Kein Scheingeschäft ist das fiduziarische Geschäft, d. h. das Veräufserungsgeschäft (Übereignung einer Sache, Abtretung einer Forderung) mit einschränkender Zweckbestimmung, z. B. zwecks blofser Sicherung des Erwerbers oder zwecks blofser Ermächtigung (zur Verfügung Dritten gegenüber), also die Veräufserung mit Vorbehalt (oben S. 67). Obgleich der rechtliche Erfolg des fiduziarischen Geschäfts über den wirtschaftlich bezweckten Erfolg hinausgeht, ist der rechtliche Erfolg (die Veräufserung) doch ernstlich gewollt: die Spannung zwischen dem rechtlich und dem wirtschaftlich Gewollten äufsert sich nur in der mit der Veräufserung verbundenen Verpflichtungswirkung.

Erklärung mifsverstanden: er wollte eine Erklärung dieses Inhalts gar nicht abgeben. Beispiel: ein Ausländer hat sich falsch ausgedrückt, ein Schwerhöriger nimmt infolge falschen Hörens ein ihm gestelltes, aber mifsverstandenes Vertragsangebot an (erheblich ist im letzten Fall nicht das Mifsverständnis der gegnerischen, sondern das Mifsverständnis der eigenen Erklärung: seine Annahmeerklärung hat einen anderen als den von ihm beabsichtigten Inhalt). 2. Die mifslungene Erklärung, d. h. die Erklärung ist durch Versprechen, Verschreiben, falsche Übermittelung (Bote, Telegraph) anders als beabsichtigt ausgefallen: eine Erklärung dieses Inhalts wollte der Erklärende überhaupt nicht abgeben. 3. Die wegen Irrtums über vorausgesetzte wesentliche Eigenschaften einer Person (error in qualitate) oder einer Sache (error in substantia) die gewollte Art des Geschäfts verfehlende Erklärung. Wesentlich sind solche Eigenschaften, nach denen der regelmäfsige Verkehr die Arten der Geschäfte unterscheidet[2]. Der Irrtum über eine solche Eigenschaft ist ein die Art des Geschäftswillens bestimmender Irrtum im Beweggrund (während sonst der Irrtum im Beweggrund den Inhalt des Geschäftswillens nicht qualifiziert) und wird darum vom römischen und ebenso vom heutigen Recht behandelt, wie wenn der Erklärende eine Erklärung dieses Inhalts (dieser Art) gar nicht hätte abgeben wollen (vgl. B.G.B. § 119, 2). Beispiel: es adoptiert jemand ein Kind in der Meinung, es sei ein Knabe, während es in Wahrheit ein Mädchen ist (error in qualitate); der Verkäufer verkauft einen Stein als unecht, einen Schmuck als nur vergoldet, in Wahrheit ist der Stein echt, der Schmuck massiv golden (error in substantia: die andere Eigenschaft ändert für den Verkehr nicht blofs die Güte, sondern die Art der Sache die Art des Geschäfts).

---

[2] Lenel in Jherings Jahrb. Bd. 44, S. 1 ff. Über die in den römischen Quellen behandelten Fälle R. Leonhard, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2. Aufl., Teil 2 (1907), S. 70 ff. — Eine grofse praktische Bedeutung hat der Irrtum über wesentliche Eigenschaften übrigens nicht, zumal wenn der Standpunkt des Reichsgerichts sich durchsetzen sollte, dafs für den Käufer die Anfechtung wegen wesentlichen Irrtums ausgeschlossen und nur der Mängelanspruch nach Kaufrecht möglich sei (Entsch. d. R.G. Bd. 61, S. 171 ff.).

Wie ist in den Fällen des unbeabsichtigten Willensmangels (des Geschäftsirrtums) zu entscheiden? Das römische, wenigstens das klassische römische Recht stellt sich auf die Seite des Erklärenden: das Rechtsgeschäft ist nach römischem Recht wegen Willensmangels nichtig (es gilt die Willenstheorie), der Dritte hat den Schaden. Den neuzeitlichen verkehrsfreundlichen Rechtsanschauungen entspricht das nicht. Das B.G.B. §§ 119 ff. hat darum in der Hauptsache die Erklärungstheorie: das Rechtsgeschäft ist gültig, es sei denn, dafs der Erklärende unverzüglich nach Erkennen des Irrtums das Rechtsgeschäft anficht (d. h. gegen das Rechtsgeschäft protestiert). Es kann also nur der Irrende selbst (nicht auch der andere Geschäftsteil) den Willensmangel geltend machen. Die Anfechtung aber erfolgt auf eigene Kosten des Irrenden: dem entschuldbar auf das Geschäft trauenden Gegner mufs das negative Geschäftsinteresse von dem Anfechtenden ersetzt werden (B.G.B. § 122). Auch die Fälle des Geschäftsirrtums sind Fälle der sogenannten culpa in contrahendo: der Erklärende (Irrende) hat den Schaden[8].

L. 57 D. de O. et A. (44, 7) (POMPONIUS): In omnibus negotiis contrahendis sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit.

L. 41 § 1 D. de contr. empt. (18, 1) (JULIANUS): Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.

II. Die Erklärung ist die Kundgebung des rechtsgeschäftlichen Willens. Der nicht kundgegebene Wille ist rechtlich be-

[8] Auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Geschäftsirrtums kommt nichts an (es braucht also keine wirkliche culpa vorzuliegen), denn die Fälle des Geschäftsirrtums sind „unechte“ Irrtumsfälle, d. h. es wirkt nicht der Irrtum als solcher, sondern der Mangel des nötigen Geschäftswillens. Auf Entschuldbarkeit des Irrtums kommt es nur in den seltenen „echten“ Irrtumsfällen an, d. h. in den Fällen, in denen der Irrtum als solcher ausnahmsweise rechtserheblich ist (z. B. als Voraussetzung der Ersitzung, des gutgläubigen Fruchterwerbs) und galt für diese Fälle im römischen Recht (nicht mehr nach B.G.B.) der Satz, dafs Rechtsirrtum (error juris) grundsätzlich unentschuldbar und nur error facti entschuldbar sei (doch konnte Soldaten, Minderjährigen, Frauen, Ungebildeten Rechtsirrtum nachgesehen werden).

deutungslos. Die Mehrzahl der rechtsgeschäftlichen Erklärungen ist empfangsbedürftig („einem anderen gegenüber abzugeben"): die Kundgebung des Willens mufs an einen bestimmten „anderen", d. h. an den gegnerisch Beteiligten, gerichtet sein (Beispiele: das Vertragsangebot, die Kündigung, die Aufrechnung). Einzelne Rechtsgeschäfte sind formbedürftig (z. B. das Testament): es ist eine bestimmte Art der Kundgebung vorgeschrieben. Die meisten Rechtsgeschäfte sind formfrei: die Willenserklärung kann in beliebiger Form erfolgen. Es ist nicht einmal stets eine besondere auf Kundgebung gerichtete Handlung (ausdrückliche Willenserklärung) nötig; es kann eine der Ausführung des Willens dienende Handlung (konkludente Handlung) genügen, die den Willen erschliefsen läfst (stillschweigende Willenserklärung).

III. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Das nichtige Rechtsgeschäft ist ohne weiteres (ipso jure) für die gewollte Wirkung a's nicht vorhanden zu beurteilen. Die Nichtigkeit kann jedermann, den das Geschäft angeht, geltend machen[4].

---

[4] Die Nichtigkeit ist also grundsätzlich sogenannte absolute Nichtigkeit. Ausnahmsweise ist die Nichtigkeit eine relative, d. h. sie besteht nur zugunsten bestimmter Interessenten. Ein römisches Beispiel: die Freilassung in fraudem creditorum ist nur zugunsten der Gläubiger nichtig (vgl. oben S. 192 und Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 242. 243); ähnlich heute KO § 7. Der relativen Nichtigkeit nächstverwandt ist die gleichfalls nur ausnahmsweise auftretende schwebende Nichtigkeit: die Nichtigkeit kann sich rückwärts in Gültigkeit verwandeln. Ein römisches Beispiel für das letztere die Konvaleszenz der Schenkung unter Ehegatten, unten § 94, heute die Konvaleszenz des von einem Minderjährigen abgeschlossenen Geschäfts durch Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, B.G.B. § 108. — Alle Fälle der Nichtigkeit begreift im B.G.B. der Ausdruck „Unwirksamkeit" (der Ausdruck „nichtig" bezeichnet nur die absolute Nichtigkeit). Es gibt aber auch gültige (als vorhanden zu beurteilende) Rechtsgeschäfte, die doch „unwirksam" sind (vgl. B.G.B. § 185), d. h. ihre volle Wirkung nicht entwickeln (Unwirksamkeit im engeren Sinn): Hauptfall die Veräufserung einer fremden Sache. Dieser letztere Fall hat mit den Fällen der relativen und der schwebenden Nichtigkeit die Möglichkeit der Konvaleszenz (der „Heilung" der Unwirksamkeit) gemeinsam. — Die Römer behandeln die Fälle der Unwirksamkeit kasuistisch. Eine wissenschaftliche Entwickelung allgemeiner Gesichtspunkte fehlt. Die Regel aber bildet im Zivilrecht die absolute (und folgeweise unheilbare) Nichtigkeit. Von ihr gilt der Satz: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (l. 29 D. 50, 17).

Nichtig (absolut nichtig) ist das Rechtsgeschäft 1. wenn es am Tatbestande (am Willen oder an der Erklärung) mangelt[5]; 2. wenn das Rechtsgeschäft unsittlich oder gesetzwidrig ist. Unsittlichkeit des Rechtsgeschäfts (z. B. Versprechen einer Belohnung für eine unsittliche Handlung) hat schlechtweg die Nichtigkeit zur Folge. Gesetzwidrigkeit macht das Rechtsgeschäft nichtig, wenn das Gesetz (was im Zweifel anzunehmen ist) die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts will: lex perfecta. Doch kann das Gesetz sich darauf beschränken, anderweitige Rechtsnachteile z. B. Strafe anzudrohen: lex minus quam perfecta (ein Beispiel die Vorschrift des Trauerjahrs, unten § 98). Eine Vorschrift, die für den Fall des Zuwiderhandelns weder Nichtigkeit noch Rechtsnachteile androht, ist eine lex imperfecta (ein Beispiel aus dem heutigen Recht die Vorschrift des H.G.B. §§ 51. 57 über die Art, wie der Bevollmächtigte des Kaufmanns eine von ihm im Namen des Kaufmanns ausgestellte Urkunde zu unterzeichnen hat). Formvorschriften sind leges perfectae (vgl. B.G.B. § 125). Immer bedeutet die lex perfecta eine Gültigkeitsvorschrift („Mufsvorschrift“), die lex minus quam perfecta und die lex imperfecta eine blofse Ordnungsvorschrift („Sollvorschrift“).

Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist gültig, aber eine bestimmte Person (der Anfechtungsberechtigte) ist befugt, das Rechtsgeschäft zu entkräften, entweder mit Vernichtungswirkung (das versteht man heute unter Anfechtbarkeit im engeren Sinn), so dafs das angefochtene Rechtsgeschäft rückwärts, ex tunc, nichtig, „reszindiert“ wird (dazu diente im römischen Recht insbesondere die Erbittung der in integrum restitutio, unten § 56, heute die „Anfechtung“ des B.G.B.) oder mit blofser Verpflichtungswirkung: der Gegner ist verpflichtet, die Wirkungen des angefochtenen Geschäfts durch Rückleistung für die Zukunft, ex nunc, zu beseitigen (dazu diente z. B. die römische actio doli, die actio quod metus causa, die actio Pauliana unten § 42. 73)[6].

Die im römischen Recht auftretenden Hauptformen der Unwirksamkeit entwickelt Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 236 ff.

[5] In den Fällen des Geschäftsirrtums ist jedoch der Willensmangel als solcher nach unserem heutigen Recht (B.G.B.) unerheblich, oben unter I.

[6] Die Anfechtungsmittel gehören, wie der Text ergibt, vornehmlich dem

Die Anfechtung des B.G.B. erfolgt in der Regel durch blofse Anfechtungserklärung (dem Gegner wird erklärt, dafs man das Geschäft nicht gelten lassen wolle) und ist eine Anfechtung mit Vernichtungswirkung, vgl. B.G.B. §§ 142 ff., während die Anfechtung unserer Konkursordnung und unseres Anfechtungsgesetzes eine Anfechtung mit blofser Verpflichtungswirkung bedeutet, vgl. unten § 73.

§ 42.
Die Motive des Rechtsgeschäfts.

Die Beweggründe, aus welchen das Rechtsgeschäft hervorgeht, sind im allgemeinen für seine rechtliche Wirkung gleichgültig, und ist es also auch gleichgültig, ob der Handelnde durch das Rechtsgeschäft die Zwecke erreichte, welche er verfolgte (er hatte z. B. gedacht, das gekaufte Buch handle von Schiefsgewehren, während es in Wirklichkeit die „Gewere, d. h. den Besitz des deutschen Rechts, zum Gegenstande hat). Falsa causa non nocet. Der Beweggrund und folgeweise auch der Irrtum im Beweggrund ist grundsätzlich unerheblich.

Ausnahmsweise aber sind die Motive dennoch von rechtlicher Bedeutung, und zwar, wenn wir von den oben (§ 41) bereits besprochenen Fällen des error in qualitate und des error in substantia absehen, in drei Fällen: in den Fällen des metus, des dolus und der Schenkung.

I. Der Fall des metus ist der Fall eines durch (erhebliche) Drohung erzwungenen Rechtsgeschäfts. Die Drohung (sogenannte vis compulsiva, im Gegensatz zu der körperlichen Gewalt, der sogenannten vis absoluta) war auf den Abschlufs dieses Rechtsgeschäfts gerichtet, z. B. auf die Eigentumsübertragung oder auf die Ausstellung eines Zahlungsversprechens. In solchem Falle ist das Rechtsgeschäft nach römischem Zivilrecht gültig und voll wirksam zustande gekommen (quamvis coactus volui, l. 21 § 5 D. 4, 2); der Prätor

prätorischen Recht an. Die Anfechtbarkeit ist im römischen Recht regelmäfsig honorarischen, die Nichtigkeit regelmäfsig zivilrechtlichen Ursprungs. Aber das gilt keineswegs durchweg. Es gab auch prätorische Nichtigkeit (vgl Mitteis a. a. O.), ebenso gab es zivilrechtliche Anfechtbarkeit. Eine zivilrechtliche Anfechtungsklage war die querela inofficiosi testamenti, unten § 113.

aber gibt dem Bedrohten Rechtsmittel, um die Wirkungen des erzwungenen Rechtsgeschäfts zu beseitigen: die actio quod metus causa (als Deliktsklage gegen den Drohenden auf Ersatz, unten § 85, andererseits als actio in rem scripta auf Rückleistung gegen jeden, der aus dem erzwungenen Rechtsgeschäft einen Erwerb ableitet, unten § 52) und die exceptio quod metus causa (eine Einrede, falls ich aus dem Rechtsgeschäft verklagt werde). Auch kann propter metum die in integrum restitutio (§ 56) erbeten werden[1]. Im Fall der vis absoluta (durch körperliche Überwältigung wird der Schein einer Willenserklärung hergestellt: der eine führt dem anderen die Hand zur Unterschrift) bedarf es keines Rechtsmittels; der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts liegt überhaupt nicht vor (es fehlt nicht blofs der Wille, sondern auch die Erklärung), während die vis compulsiva (die Drohung) Willen und Erklärung und deshalb nach römischem Zivilrecht ein gültiges Rechtsgeschäft hervorbringt.

L. 1 pr. D. quod met. c. (4, 2): Ait praetor: QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO.

L. 14 § 3 D. eod. (ULPIAN.): In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.

II. Der Fall des dolus ist der Fall des durch absichtliche Täuschung (Betrug) seitens des Vertragsgegners hervorgebrachten Rechtsgeschäfts. Der eine Vertragsteil ist durch den anderen betrogen worden. Auch in solchem Fall war das Rechtsgeschäft nach Zivilrecht gültig und voll wirksam, aber der Prätor gab gegen den Betrüger Rechtsmittel, um die Wirkungen des Rechtsgeschäfts aufzuheben: die (jedoch nur subsidiär, wenn keine andere Klage zuständig ist, gestattete) actio doli (nur gegen den Betrüger selbst, nicht

[1] Das B.G.B. gibt propter metum: 1. ein die römische in integrum restitutio ersetzendes Anfechtungsrecht (§ 123. 124); 2. einen der deliktischen actio quod metus causa entsprechenden Rückleistungs- und Ersatzanspruch gegen den Drohenden (§ 823, 2. 826); 3. eine Einrede (§ 853). Die actio in rem scripta propter metum ist dem B.G.B. unbekannt. Aber das Anfechtungsrecht geht in rem gegen das Rechtsgeschäft als solches, auch wenn es nicht mit dem Drohenden selber abgeschlossen ist.

gegen den Dritten, welcher aus dem Geschäft einen Vorteil hat), um allen Schaden aus dem Geschäft ersetzt zu verlangen (wozu nach Umständen auch das Rückgängigmachen des Geschäfts gehören kann) und die exceptio doli, um sich gegen die Klage des Betrügers (oder seines Rechtsnachfolgers) aus dem Geschäft zu verteidigen. Auch gibt es eine in integrum restitutio propter dolum (§ 56)[2].

L. 1 § 1 D. de dolo (4, 3): Verba autem edicti talia sunt: QUAE DOLO MALO FACTA ESSE DICENTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT ET JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, JUDICIUM DABO.

III. Schenkung (donatio) ist die Vermögenszuwendung aus Freigebigkeit, d. h. um der Bereicherung des Empfängers willen.

Vermögenszuwendung liegt nur vor bei gewillkürter Vermögensminderung (pauperiorem fieri) auf der einen, Vermögensmehrung (locupletiorem fieri) auf der anderen Seite. Der bloſse Verzicht auf eine Erwerbsmöglichkeit (z. B. Ausschlagung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses zugunsten eines anderen), ist keine Schenkung: es fehlt die Vermögensminderung. Ebenso ist Verpfändung keine Schenkung: es fehlt die Vermögensmehrung. Die Vermögenszuwendung kann geschehen durch

[2] Auch das B.G.B. gibt propter dolum drei Rechtsmittel: 1. das Anfechtungsrecht, und zwar nur in personam (gegen den Betrüger und gegen den doli particeps) bei empfangsbedürftiger Willenserklärung, aber in rem (gegen jeden der den Vorteil hat) bei Anfechtung einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung (Beispiel für das letztere: durch Täuschung bin ich zu einer Erbschaftsantretung bestimmt worden) (§ 123. 124); 2. einen deliktischen Ersatzanspruch gegen den Betrüger (§ 823. 2. 826); 3. eine Einrede gegen den Betrüger bezw. dessen Rechtsnachfolger (§ 853). — Sowohl für die Fälle des metus wie die des dolus gilt nach B.G.B.: 1. Die Anfechtung (welche das durch Drohung, durch Täuschung hervorgebrachte Rechtsgeschäft vernichtet) erfolgt auf Kosten des Gegners (keine Ersatzpflicht des Anfechtenden, auch nicht wenn die Anfechtung in rem geht). 2. Die Anfechtung braucht nicht, wie in den Fällen des Geschäftsirrtums (§ 41), unverzüglich zu erfolgen; das Anfechtungsrecht besteht ein Jahr lang. 3. Der deliktische Ersatzanspruch verjährt in drei Jahren (§ 852). 4. Die Einrede ist unverjährbar (§ 853). — Auch der Geschäftsirrtum (z. B. der Irrtum über den Inhalt einer von mir unterschriebenen Urkunde, der Irrtum über wesentliche Eigenschaften) kann durch Täuschung erzeugt sein. Dann stehen dem Irrenden die stärkeren Rechtsbehelfe auf Grund der Täuschung zu Gebote.

Rechtsgeschäft (Vertrag) mit dem Beschenkten: durch Verfügungsgeschäft (z. B. dando, Veräufserungsvertrag; liberando, Erlafsvertrag) oder durch Verpflichtungsgeschäft (promittendo, Schenkungsversprechen)[8]. Sie kann auch geschehen ohne Vertrag mit dem Beschenkten, etwa durch Geschäft mit einem Dritten, nämlich durch unentgeltliche negotiorum gestio für den Beschenkten: der Onkel bezahlt z. B. animo donandi die Schulden des Neffen, oder er übernimmt sie durch Schuldvertrag mit dem Gläubiger (Schuldübernahme, expromissio, unten § 80). Ja, es ist möglich, dafs die Vermögenszuwendung überhaupt durch kein besonderes Rechtsgeschäft, sondern lediglich mittelbar durch günstigen Inhalt eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts gemacht wird (negotium mixtum cum donatione: eine Sache, die zehn wert ist, wird schenkungshalber für fünf verkauft). Immer aber, auch wenn die Zuwendung (das objektive Stück des Schenkungstatbestandes) ohne Vertrag, bzw. ohne besonderen Vertrag mit dem Beschenkten zustande kommt, bedarf doch die Schenkungsabsicht (das subjektive Stück) der Annahme durch den Beschenkten: wie nach römischem (vgl. z. B. l. 18 D. 12, 1), so auch nach heutigem Recht (B.G.B. § 516). Ich kann zwar ohne meinen Willen bereichert, aber nicht ohne meinen Willen beschenkt werden. Ist die Zuwendung (die Bereicherung) ohne meinen Willen vollzogen (es hat jemand meine Schulden bezahlt), so kann ich doch die Schenkung ablehnen. Die Zuwendung wird durch Ablehnung der Schenkung nicht notwendig vereitelt bezw. nicht rückgängig, aber sie ist bei mangelnder Einigung über den Schenkungszweck sine causa (ohne „rechtlichen Grund“). Es

---

[8] Das Schenkungsversprechen bedeutet eine noch unvollzogene Schenkung (es kann darum die Erfüllung einer dem Beschenkten gemachten Auflage noch nicht gefordert werden); aber es ist bereits ein Forderungsrecht auf künftige Schenkung begründet. Der Schenkversprecher haftet nur für dolus und culpa lata, zahlt keine Verzugszinsen und hat das beneficium competentiae, und zwar unter Berücksichtigung seiner sonstigen Schulden (vgl. unten § 55 Anm. 5). Wie das römische Recht, so im wesentlichen auch das B.G.B. § 519 ff. Während aber nach justinianischem Recht das Schenkungsversprechen (soweit nicht die Insinuationssumme überschritten wird) formlos gültig ist, hat das B.G.B. § 518 die Formvorschrift: das Schenkungsversprechen bedarf, ohne Rücksicht auf seinen Betrag, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

fehlt ein die Zuwendung rechtlich verständlich machendes, ihr bestimmte rechtliche Art verleihendes Zweckgeschäft (Kausalgeschäft). Ich bin zur Rückgängigmachung der Zuwendung durch Rückleistung (gegen mich geht die condictio sine causa, unten § 83) verpflichtet und zugleich berechtigt. Immer gehört zur Schenkung ein Vertrag.

Schenkung ist ein unwirtschaftliches Geschäft. Darum wird sie von Rechts wegen nicht begünstigt. Schon die lex Cincia (204 v. Chr.) verbot übermäfsige Schenkungen (das Mafs ist uns unbekannt) und nahm nur gewisse Personen (exceptae personae) von dem Verbot aus: so den Ehegatten, nahe Verwandte und Verschwägerte. Aber die lex Cincia war eine lex imperfecta: es fehlte die Sanktion eines Rechtsnachteils. Die übermäfsige Schenkung blieb nach Zivilrecht vollgültig. Das prätorische Recht griff jedoch ein. Solange die Schenkung noch nicht in jeder Hinsicht rechtsgültig vollzogen war (es lag z. B. nur erst ein Schenkungsversprechen vor, oder es war die res mancipi zwar manzipiert, aber noch nicht tradiert worden), konnte der Schenker die übermäfsige Schenkung entkräften: gegen die Klage aus dem Schenkungsversprechen, gegen die rei vindicatio des Manzipationserwerbers gab der Prätor exceptio legis Cinciae. Ja es konnte unter Umständen der Schenkgeber durch Besitzinterdikt (vgl. das interdictum utrubi, unten § 67, Anm. 3) sich den Besitz der schon voll veräufserten Sache zurückverschaffen. War aber die Schenkung rechtsgültig vollkommen vollzogen (donatio perfecta), lag also z. B. Eigentumserwerb und unanfechtbarer Besitzerwerb auf Seiten des Empfängers vor, so blieb es bei der Vollgültigkeit auch der übermäfsigen Schenkung. Das gleiche galt in spät-klassischer Zeit, wenn der Schenker gestorben war ohne gegen die Schenkung vorgegangen zu sein: der Erbe konnte, wie ein Reskript von Caracalla bekräftigte, die lex Cincia nicht mehr geltend machen (seine exceptio legis Cinciae ward durch replicatio doli entkräftet, vgl. Fr. Vat. § 294. 312). „Morte Cincia removetur". Noch das Recht der ganzen klassischen Zeit steht auf dem Boden der lex Cincia[4]. Erst mit Konstantius

[4] Über die schwierigen an die lex Cincia sich knüpfenden geschichtlichen Fragen vgl. jetzt Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 153 ff.

Chlorus (Ende des 3. Jahrhunderts) setzt die spätere Kaisergesetzgebung über die gerichtliche Insinuation der Schenkung ein, welche die Grundlage des justinianischen Rechts bildet.

Im justinianischen Recht gelten für die Vermögenszuwendung, welche schenkungshalber gemacht wird, um dieses Motivs willen, folgende Rechtssätze:

1. Die Schenkung unter Ehegatten ist nichtig (vgl. § 94 a. E.). Das galt schon nach klassischem Recht (nicht aber nach der lex Cincia, welche vielmehr den Ehegatten zu den exceptae personae zählte). Im B.G.B. ist das Verbot der Schenkung unter Ehegatten verschwunden.

2. Die Schenkung bedarf, wenn sie ein gewisses Mafs überschreitet, zur Gültigkeit für das Mehr der gerichtlichen Insinuation, d. h. der Erklärung des Schenkungswillens vor Gericht. Das Mafs ist von Justinian auf 500 solidi (nach gemeinem Pandektenrecht = 4666 Mk. und 67 Pf.) angesetzt worden. Auch dieser Rechtssatz ist dem B.G.B. unbekannt. Das B.G.B. unterscheidet vielmehr zwischen der vollzogenen und der nur erst versprochenen Schenkung. Nur das Schenkungsversprechen ist als solches formbedürftig (vgl. Anm. 3); die vollzogene Schenkung ist gültig ohne Rücksicht auf ihre Höhe.

3. Das Geschenkte kann wegen groben Undankes (Lebensnachstellung, grobe Injurien) zurückgefordert werden.

Die mortis causa donatio, d. h. die Schenkung, welche erst dadurch endgültig wird, dafs der Beschenkte den Schenkgeber überlebt, steht in bezug auf die namhaft gemachten Rechtssätze und auch noch in mancher anderen Hinsicht nicht unter Schenkungsrecht, sondern unter Vermächtnisrecht (§ 118). Auch die remuneratorische Schenkung (z. B. an den Lebensretter) steht nicht unter Schenkungsrecht (kann nicht wegen Undanks widerrufen werden, bedarf nach römischem Recht keiner Insinuation), sondern wird der Erfüllung einer Verbindlichkeit gleich behandelt (ebenso B.G.B. § 534). Dagegen steht die Schenkung unter einer Auflage (donatio sub modo, vgl. § 43) allerdings unter Schenkungsrecht: sie ist Schenkung, wenngleich der Wert der Schenkung durch die Auflage gemindert ist.

L. 1 pr. D. de donat. (39, 5) (JULIAN.): Donationes com-

plures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur.

§ 1 I. de donat. (2, 7): Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia . . .; a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur . . . Et in summa, mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum.

§ 43.

Die Klauseln des Rechtsgeschäfts.

Die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts können durch Nebenberedungen der Parteien eine Umgestaltung erfahren. Darin besteht das Wesen des klausulierten Rechtsgeschäfts. Drei Arten von Klauseln (accidentalia negotia, oben § 40) sind von besonderer Bedeutung: Bedingung (condicio), Termin (dies) und Auflage (modus).

I. Die Bedingung ist eine zukünftige ungewisse Tatsache, von deren Eintritt durch Parteiwillkür die Wirkung des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht ist: entweder der Beginn der Wirkung (aufschiebende Bedingung, Suspensivbedingung) oder die Beendigung der Wirkung (auflösende Bedingung, Resolutivbedingung). Mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung treten die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts ipso jure (von selber) ein. Mit Eintritt der auflösenden Bedingung hören die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts ipso jure auf.

Das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft bedeutet die Vorauserklärung des Geschäftswillens für einen künftigen ungewissen Fall. Das Geschäft ist geschlossen und bindet darum sofort, schon vor Eintritt der Bedingung: vereitelt eine Partei in Widerspruch mit dem Geschäftsschlufs (wider Treu und Glauben) die Bedingung, so gilt die Bedingung als einge-

treten[1], vereitelt sie schuldhaft das gegnerische Recht (z. B. durch Vernichtung der bedingt verkauften Sache), so ist sie bei Eintritt der Bedingung zu Schadensersatz verpflichtet. Aber während schwebender Bedingung (pendente condicione) hat das aufschiebende bedingte Geschäft nur diese Bindungswirkung[2], nicht die seinem Inhalt zukommende Geschäftswirkung: das bedingte Verpflichtungsgeschäft erzeugt noch keine Schuld (sondern nur eine spes debitum iri), das bedingte Verfügunsgeschäft (z. B. bedingte Veräufserung) noch nicht die gewollte Rechtsänderung (keinen Eigentumsübergang usf.). Erst mit Erfüllung der Bedingung (existente condicione) tritt die Geschäftswirkung (Schuld, Eigentumsübergang usw.) ipso jure ein: für die Zukunft (ex nunc), also ohne Rückwirkung[3] (so auch nach B.G.B. § 158. 159), so dafs Zinsen und Früchte der Schwebezeit im Zweifel dem Zwischenberechtigten bleiben. Aber die Geschäftswirkung tritt ipso jure ein, vermöge des damals (bedingt) geschlossenen Geschäfts. Wenn daher der bedingt Verfügende während der Schwebezeit eine widersprechende unbedingte Verfügung getroffen haben sollte (etwa durch Verpfändung der bedingt veräusserten Sache oder durch nochmalige Abtretung der bereits bedingt abgetretenen Forderung an einen Dritten), so wird nach Eintritt der Bedingung die unbedingte Zwischenverfügung durch die ältere bedingte Verfügung entkräftet. Das Recht des Sondernachfolgers (zu dessen Gunsten während der Schwebezeit verfügt wurde) ist, ebenso wie das Recht seines Auktors, ein „revokables“, von der Bedingung abhängiges Recht: resoluto jure dantis resolvitur etiam jus accipientis. Anders natürlich wenn die Bedingung ausfällt: bei Ausfall der Be-

---

[1] L. 161 D. de R. J. (50, 17): In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset. Ebenso B G.B. § 162.

[2] Vgl. B G.B. § 160, wo der allgemeine Grundsatz ausgesprochen ist. Das römische Recht hat entsprechende Einzelentscheidungen, z. B.: die rei vindicatio des bedingt Veräufsernden kann der Erwerber, dem die Sache bereits übergeben war, während schwebender Bedingung durch exceptio doli (wegen Gefährdung seines künftigen Rechtserwerbs) entkräften, l. 7 § 3 D. de jure dot. (23. 3).

[3] Dafs dies der Standpunkt des römischen Rechts ist, stellt aufser Zweifel Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 172 ff.

dingung (deficiente condicione) hat das aufschiebend bedingte Geschäft endgültig keine Wirkung.

Das auflösend bedingte Rechtsgeschäft bedeutet die Vorauserklärung der Entkräftung des Geschäftswillens für einen künftigen ungewissen Fall. Dafs solche Klausel möglich sei, hat sich im römischen Recht erst allmählich durchgesetzt. Die ältere Zeit liefs die auflösende Bedingung nur bei Verpflichtungsgeschäften zu, und zwar nur bei den formlosen, frei zu beurteilenden bonae fidei negotia, wie z. B. dem Kauf[4]. Den zivilrechtlichen Verpflichtungsgeschäften strengen Rechts (stricti juris negotia) konnte keine das Geschäft auflösende Bedingung beigefügt werden. Die Stipulation ward (so viel wir sehen können) durch auflösende Bedingung ungültig (während einer aufschiebenden Bedingung nichts im Wege stand): der formal erklärte Geschäftswille konnte zwar in seiner Wirkung suspendiert, aber nicht im voraus eventuell zurückgenommen werden. Für die Verfügungsgeschäfte, insbesondere die Eigentumsveräufserung, schlofs das Zivilrecht vollends die auflösende Bedingung aus: Eigentum auf Zeit war dem Zivilrecht ein Widerspruch in sich selbst. So wurden von den älteren Juristen die auflösenden Bedingungen des Verkehrs (in diem addictio, lex commissoria) für die Eigentumsveräufserung in aufschiebende Bedingungen verwandelt (der Käufer erwarb dingliches Recht erst, wenn die auflösende Bedingung ausgefallen war). Julian hat als Erster die in diem addictio als auflösende Bedingung auch für den dinglichen Rechtserwerb behandelt: er gibt dem Käufer sofort eine dingliche Rechtsstellung (Usukapionsbesitz und Fruchtrecht), die aber mit Eintritt der Resolutivbedingung ipso jure erlischt (l. 2 § 4 D. 41, 4). Seitdem hat die Möglichkeit, auch die dingliche Rechtszuwendung unter auflösende Bedingung zu

---

[4] Beim Kauf gab es schon in alter Zeit die in diem addictio, d. h. die kassatorische Klausel (der Kauf geht zurück, wenn binnen bestimmter Zeit von anderer Seite ein besseres Angebot gemacht wird: so bei der Versteigerung), und die lex commissoria d. h. die Verfallklausel (der Kauf geht zurück, wenn der Käufer nicht binnen bestimmter Zeit den Preis zahlt, vgl. unten § 84 Anm. 3). — Über die Entwickelungsgeschichte der auflösenden Bedingnng Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 178 ff., dessen Ergebnisse dem Text zugrunde liegen.

stellen, im römischen Recht Anerkennung gefunden[5]: das resolutivbedingte dingliche Recht ist „revokabel“ und fällt mit Eintritt der Bedingung ipso jure weg[6], aber ohne Rückziehung (die Früchte der Zwischenzeit bleiben im Eigentum der Zwischenberechtigten; Vereinbarung der Rückziehung hat nur obligatorische Wirkung, ebenso wie heute nach B.G.B. § 158, 2. 159)[7]. Die Erinnerung aber an die der Resolutivbedingung widerstrebende ältere Zeit hat der römische Sprachgebrauch bewahrt, sofern er als condicio schlechtweg nur die aufschiebende Bedingung bezeichnet (l. 2 § 3. 4 D. 41, 4; l. 2 pr. D. 18, 2).

Besonders gearteten Inhalts ist die Potestativbedingung (condicio potestativa, promiscua), d. h. die Bedingung, deren Erfüllung in der Willkür des bedingt Berechtigten liegt, z. B. Titius heres esto si Capitolium ascenderit (Gegensatz condicio mixta, zu deren Erfüllung der bedingt Berechtigte nur mitzuwirken hat; condicio casualis, auf deren Erfüllung er keinerlei Einflufs üben kann). Die einer letztwilligen Verfügung beigefügte Potestativbedingung mufs nach dem Tode des Testators und im Hinblick auf die Verfügung erfüllt werden. Die einer letztwilligen Verfügung beigefügte negative Potestativbedingung (si Capitolium non ascenderit) kann durch Bestellung der cautio Muciana erfüllt werden (unten § 112).

Keine Bedingungen im Rechtssinne sind die condiciones juris oder tacitae (diejenigen Voraussetzungen, welche schon aus dem wesentlichen Inhalt, den essentialia, des Rechtsgeschäfts sich ergeben, z. B. der Tod des Testators vor dem Erben), ferner die condiciones in praesens vel in praeteritum relatae, die unmöglichen und die notwendigen Bedingungen. Hier tritt niemals der Zustand der gewillkürten Ungewifsheit ein, welche das Eigentümliche des bedingten Rechtsgeschäfts ausmacht. Die Rechtssätze von den Bedingungen finden deshalb keine Anwendung.

---

[5] Über die dabei zu überwindenden technischen Schwierigkeiten Mitteis a. a. O. S. 183 ff.

[6] Ebenso das von dem erlöschenden Recht abgeleitete Sachenrecht, l. 4 § 3 D. 18, 2: pure vendito et in diem addicto fundo, si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset. Auch hier gilt der Satz: resoluto jure jure dantis usw., oben S. 244.

[7] Mitteis, S. 190.

Fällt eine condicio juris aus, so gelten die Rechtssätze von einem Mangel in den Voraussetzungen dieses Rechtsverhältnisses. Die aufschiebende unmögliche Bedingung macht das Rechtsgeschäft nichtig, ausgenommen die Rechtsgeschäfte von Todes wegen, wo sie nach römischem Recht gestrichen wird (das B.G.B. hat diese Ausnahme nicht mehr). Die auflösende unmögliche Bedingung gilt für alle Rechtsgeschäfte als nicht beigefügt, während die auflösende notwendige Bedingung das Rechtsgeschäft vernichtet. Die unsittliche Bedingung (condicio turpis) wird der unmöglichen gleich behandelt.

§ 4 I. de V. O. (3, 15): Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit vel non fuerit, stipulatio committatur, veluti: Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes?

§ 6 eod.: Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: Si Titius consul fuit — vel: Si Maevius vivit, dare spondes?

L. 9 § 1 D. de novat. (46, 2) (Ulpian.): Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari.

II. Termin (dies, Zeitbestimmung) ist ein zukünftiges gewisses Ereignis, mit welchem die Wirkungen des Rechtsgeschäfts entweder erst anfangen (dies a quo) oder aufhören sollen (dies ad quem).

Der Termin kann in bezug auf den Zeitpunkt seines Eintritts ungewifs sein (dies incertus quando), z. B. der Bürge soll nur haften, bis der Schuldner stirbt. Wenn auch das Ob des Eintritts ungewifs ist (dies incertus an), z. B. du sollst hundert haben an dem Tage, an welchem du dein Examen machst, so liegt kein Termin, sondern eine Bedingung vor. Das betagte Rechtsgeschäft will eine befristete Rechtswirkung. Das gilt auch für die Bedingung, denn auch das bedingte Geschäft will Beginn bezw. Ende der Rechtswirkung erst mit dem künftigen Ereignis. Aber der Termin will nur Befristung, nicht zugleich Ungewifsheit, so dafs der für die Bedingung kennzeichnende Schwebezustand fehlt. Daher die Streitfrage, ob der Termin wirklich das Dasein der Rechtswirkung oder nur ihre Geltendmachung berühre. Die richtige Antwort ist, dafs die schwächere

Wirkung gewollt sein kann (so ist Hinausschiebung der Zahlung im Zweifel nur Hinausschiebung der Klage, nicht Hinausschiebung der Schuld, so dafs dennoch sofort gültig gezahlt werden kann), dafs aber von Rechts wegen bei entsprechendem Parteiwillen der Termin die gleiche Kraft hat wie die Bedingung (B.G.B. § 163). So das heutige Recht. Das römische Recht hat wie zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung so zwischen aufschiebendem und auflösendem Termin unterschieden. Der aufschiebende Termin (Anfangstermin) galt im allgemeinen als zulässig. Den auflösenden Endtermin aber erklärte das römische Zivilrecht für ungültig. Nur bei den formlosen Verpflichtungsgeschäften (bonae fidei negotia) ward er zugelassen (l. 1 pr. D. 17, 2). Bei den formstrengen Verpflichtungsgeschäften (Stipulation, Damnationslegat) und bei rechtsförmlicher Veräufserung (mancipatio, in jure cessio) ward er nach Zivilrecht ignoriert. Traditionsveräufserung mit Endtermin war sogar nach Zivilrecht gänzlich nichtig (cum ad tempus proprietas transferri nequiverit, Fragm. Vat. § 283)[8]. Hier hat aber das prätorische Recht ändernd eingegriffen. Für Rechtsgeschäfte des honorarischen Rechts (z. B. Verpfändung) war die Beifügung eines Endtermins frei und streng zivilrechtlichen Rechtsgeschäften gegenüber sorgte der Prätor durch exceptio und actio für Berücksichtigung des Endtermins. So ist nach dem Recht des Corpus Juris (vgl. l. 2 C. 2, 54) auch die Beifügung eines dinglich wirkenden Endtermins für grundsätzlich zulässig zu erachten.

§ 2 J. de V. O. (3, 15): Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat, non potest.

Bedingung und Termin sind in ihrem Wesen nah verwandt. Darum geht ihre Geschichte den gleichen Gang. Ihren ersten Entwickelungsraum haben sie auf dem Gebiet der Verfügungen

[8] Mitteis, S. 191. 192. Eine Endzeitbestimmung ist also nach römischem Zivilrecht grundsätzlich unmöglich zwecks Beschränkung der Dauer eines Rechts. Sie ist aber wohl möglich, soferne sie den Inhalt des Rechts (nicht die Dauer als solche) begrenzt. Die Stipulation: decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? hatte auch nach Zivilrecht nur zeitliche Wirkung. Unter den gleichen Gesichtspunkt fällt die Tatsache, dafs Personalservituten auch nach Zivilrecht ad tempus bestellt werden konnten. Mitteis, S. 193. 194.

von Todes wegen gefunden (die ja ihrer Natur nach Vorauserklärungen des Willens sind), insbesondere auf dem Gebiet des Vermächtnisrechts [9]. Die feierlichen Verkehrsgeschäfte des altrömischen Zivilrechts (mancipatio, in jure cessio) waren ihnen unzugänglich. Noch im Corpus Juris begegnen einige „actus legitimi", bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte des strengen Zivilrechts, die um ihrer Form willen weder bedingt noch betagt sein können [10]. Heute steht die Welt der Rechtsgeschäfte den Klauseln grundsätzlich offen, es sei denn, dafs der Inhalt des Rechtsgeschäfts Vorbehalte ausschliefst [11].

III. Auflage (modus) bedeutet eine Vorschrift (meistens eine Verwendungsbestimmung), welche einer Schenkung oder letztwilligen Zuwendung bezw. einer Freilassung hinzugefügt ist [12]. Die Auflage beschränkt die Geschäftswirkung nicht (sie „suspendiert nicht" und sie resolviert nicht), aber sie will den Bedachten verpflichten, die Bestimmung des Zuwendenden innezuhalten. Aber die Auflage war als solche nach Zivilrecht ohne rechtliche Wirkung [13]. Die im Testament angeordnete Auflage wirkt noch nach klassischem Recht direkten Erfüllungszwang

[9] Die Erbeinsetzung läfst nach römischem Recht nur die aufschiebende Bedingung zu; Termin und auflösende Bedingung werden gestrichen: semel heres semper heres, vgl. unten § 112 (anders B.G.B., wo alle diese Klauseln auch für die Erbeinsetzung möglich sind).

[10] Als actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem werden im Corpus Juris aufgezählt emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris (l. 77 D. 50, 17). Vgl. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 65 ff. Weil die Rücksicht auf die Form mafsgebend war, vernichtete auch das Aussprechen einer condicio tacita (also einer selbstverständlichen Voraussetzung) diese Rechtsgeschäfte: expressa nocent, non expressa non nocent (l. 195 D. 50, 17).

[11] So z. B. die Eheschliefsung, auch die Aufrechnung, die Kündigung usw. Um der Form des Rechtsgeschäfts willen ist heute Bedingung und Termin nur noch bei der Auflassung (B.G.B. § 925) ausgeschlossen.

[12] Vgl. Pernice, Labeo, Bd. 3, Abt. 1: Auflage und Zweckbestimmung (1892). F. Haymann, Schenkung unter einer Auflage (1901). Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 194 ff.

[13] Eine Ausnahme die Bestimmung Mark Aurels: die Veräufserung eines Sklaven mit der Auflage, ihn zu bestimmter Zeit freizulassen, macht den Sklaven zu der angesetzten Zeit ipso jure frei, wie wenn er vom Erwerber freigelassen wäre, vgl. D. 40, 8. F. Haymann, Freilassungspflicht und Reurecht (1905) S. 5 ff.

nur, wenn sie zugunsten eines bestimmten Dritten angeordnet ist, so dafs sie unter den Gesichtspunkt eines Vermächtnisses (Fideikommisses) gebracht werden kann. Sonst besteht nur die Möglichkeit indirekten Zwanges: dem auflagebeschwerten Vermächtnisnehmer kann der Erbe das Vermächtnis verweigern (exceptio doli), wenn Vermächtnisnehmer keine Kaution für Erfüllung der Auflage stellt; der auflagebeschwerte Miterbe kann von den Miterben durch Erbteilungsklage (actio familiae erciscundae) zur Leistung der Auflage angehalten werden. Im übrigen schreitet die Obrigkeit nur bei öffentlichem Interesse oder dringender Pietätspflicht extra ordinem zwecks Erfüllung der Auflage ein. Erst das Corpus Juris hat den allgemeinen Grundsatz der rechtlichen Verpflichtungskraft für die testamentarische Auflage. Ebenso hat die einer Schenkung beigefügte Auflage nach klassischem Recht als solche keine Verpflichtungswirkung. Es besteht nicht einmal ein Rückforderungsrecht für den Schenkgeber, falls die Auflage schuldhaft nicht erfüllt wird; für den Fall des Verschuldens mufs Schenkgeber sich selbst durch Stipulation oder fiduziarische Form der Zuwendung (oben S. 67) im voraus sichern. Nur bei eingetretener zufälliger Unmöglichkeit kann das Gegebene kraft gesetzlichen Anspruchs nach klassischem Recht zurückverlangt werden[14]. Erst das spätere Kaiserrecht, und so auch das Recht des Corpus Juris gibt bei Nichterfüllung der Auflage einerseits schlechtweg ein Rückforderungsrecht (condictio causa data causa non secuta), andererseits einen Erfüllungsanspruch (actio praescriptis verbis), ähnlich wie heute das B.G.B. § 525—527. 330.

L. 17 § 4 D. de cond. et dem. (35, 1) (GAJUS): Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum muncipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

L. 80 eod. (SCAEVOLA): . . . nec enim parem dicemus eum,

---

[14] Mitteis a. a. O. S. 196 ff. 200 ff. Eine Sonderstellung hatte im klassischen Recht die Schenkung mit der Auflage, die Sache einem bestimmten Dritten herauszugeben. Dann hatte der Schenkgeber bei Nichterfüllung ein gesetzliches Rückforderungsrecht (condictio) und die Klage des Schenkgebers ward als utilis actio auch dem bedachten Dritten gegeben (l. 3 C. 8, 54). Haymann a. a. O. (Anm. 12) S. 124 ff. Mitteis S. 201. 203.

cui ita datum sit: SI MONUMENTUM FECERIT, et eum, cui datum est: UT MONUMENTUM FACIAT.

§ 44.
Die Geschäftsfähigkeit.

Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit, in rechtlich erheblicher Weise zu handeln. Nur die Handlung eines Handlungsfähigen kommt für das Recht als Handlung, d. h. als Äufserung eines (sei es erlaubten, sei es unerlaubten) Willens in Betracht. Die Handlungsfähigkeit hat zwei Unterarten: die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit.

Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit zum selbständigen Abschlufs von Rechtsgeschäften, also zur selbständigen Abgabe von rechtserheblichen Willenserklärungen. Sie schliefst die Fähigkeit zu selbständiger Geschäftsführung, d. h. zu selbstständiger Entscheidung über die eignen Angelegenheiten in sich. Nur der vollkommen Geschäftsfähige ist eine selbständige (mündige), über die eignen Angelegenheiten selbst entscheidende Person. Es gibt drei Stufen der Geschäftsfähigkeit:

I. Geschäftsunfähig, d. h. zu keinem Rechtsgeschäfte fähig, sind: 1. der infans, d. h. das Kind bis zum vollendeten siebenten Lebensjahre; 2. der furiosus, der Geisteskranke. Der Geschäftsunfähige kann nicht einmal unter vormundschaftlicher Beihilfe (auctoritatis interpositio, Einwilligung des gegenwärtigen Vormundes) ein Rechtsgeschäft vollziehen, weil sein Geschäftswille rechtlich unerheblich ist. Besitz kann der infans jedoch von einem ihm den Besitz Übergebenden erwerben, weil der Besitz durch rein tatsächlichen Vorgang erworben wird (vgl. l. 3. C. 7, 32).

II. Beschränkt geschäftsfähig, d. h. zu einigen Rechtsgeschäften fähig, zu anderen unfähig, sind nach römischem Recht: 1. der impubes (der Knabe bis zum vollendeten 14., das Mädchen bis zum vollendeten 12. Lebensjahre)[1]; 2. der

[1] Die festen Jahreszahlen für die Altersstufen sind natürlich erst späten Ursprungs. Der feste Pubertätstermin für Mädchen (12 Jahr) stammt aus dem Beginn der Kaiserzeit. Der Termin von 14 Jahren für Knaben ward von den Prokulejanern vertreten; die Sabinianer liefsen die körperliche Entwickelung im Einzelfall entscheiden; erst Justinian hat für die 14 Jahre den Ausschlag gegeben. Ebenso gehört die Ansetzung der

prodigus (der unter Verschwendervormundschaft gesetzte Verschwender). Nach altrömischem Recht waren auch die Frauen nur beschränkt geschäftsfähig (§ 103 II).

Der beschränkt Geschäftsfähige ist fähig, durch seine Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) zu erwerben, nicht aber fähig, durch seine Willenserklärungen zu veräufsern oder sich zu verpflichten. Schliefst er ein Geschäft ab, welches zugleich berechtigt oder verpflichtet (er empfängt z. B. ein Darlehn), so erwirbt er das Eigentum an den ihm zu Darlehn gegebenen Münzen, aber ohne aus dem Geschäft (aus dem Darlehn als solchem) klagbar verpflichtet zu werden: er kann, ebenso wie der Geschäftsunfähige, nur auf Rückgabe der Bereicherung verklagt werden, welche er jetzt noch hat (vgl. § 83 I). Ist das Geschäft auf Leistung und Gegenleistung gerichtet (wie z. B. beim Kauf), so erwirbt er nach römischem Recht das Recht auf die Leistung, ohne auf die Gegenleistung verklagt werden zu können (sogenannte negotiá claudicantia)[2].

An Stelle des (vaterlosen) beschränkt Geschäftsfähigen kann sein Vormund handeln. Oder: es kann der (vaterlose) impubes das Veräufserungs- oder Verpflichtungsgeschäft unter gegenwärtiger Beihilfe des Vormundes (tutoris auctoritatis interpositio) selbst vollziehen (§ 103)[3].

---

infantia auf 7 Jahre erst der späten Kaiserzeit an. Dem alten Recht war infans das Kind, welches noch nicht sprechen kann, und noch die klassischen Juristen lassen den pupillus si fari possit, licet hujus aetatis sit, ut causam adquirendae hereditatis non intellegat, mit tutoris auctoritas die Erbschaft antreten (l. 9 D. 29, 2). Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1, S. 206 ff.

[2] Nach B.G.B. § 108. 109 kommt in solchem Fall kein hinkender (den Gegner, aber nicht den pupillus verpflichtender), sondern ein schwebender Vertrag zu stande, dessen Wirksamkeit für beide Teile (auch für die Verpflichtung des Gegners) von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (Vaters, Vormunds) abhängt.

[3] Das römische Recht unterscheidet sich vom heutigen wesentlich durch zwei Stücke: 1. Das römische Recht geht davon aus, dafs der in väterlicher Gewalt Befindliche kein eignes Vermögen hat (was er erwirbt, erwirbt er seinem Vater, oben § 34); darum gibt es für den in väterlicher Gewalt Stehenden keine Fürsorge, auch keine Ergänzung seiner mangelnden Geschäftsfähigkeit; nur der Vaterlose hat nach römischem Recht einen „gesetzlichen Vertreter“ (der impubes einen tutor, der minor einen curator, vgl. unter III): der Vater ist nach römischem Recht kein gesetzlicher

pr. I de auct. tut. (1, 21): Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

§ 2 eod.: Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit; post tempus vero aut per epistulam interposita auctoritas nihil agit.

L. 6 D. de V. O. (45, 1) (Ulpian.): Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.

III. Vollkommen geschäftsfähig, d. h. zu allen Rechtsgeschäften fähig (also auch fähig, sich durch eigene Verträge zu verpflichten), sind alle übrigen Personen, also nach römischem Recht alle nicht geisteskranken und nicht entmündigten puberes. Die Altersgrenze von 25 Jahren ward zuerst durch die lex Plaetoria (um 190 v. Chr.) von Bedeutung (daher die Bezeichnung dieser Altersstufe als legitima aetas). Das genannte Volksgesetz schützte durch Strafdrohung den betrügerisch übervorteilten minor XXV annis (circumscriptus adolescens). Der Prätor gab dann auf Grund des Gesetzes eine exceptio legis Plaetoriae gegen die Klage aus dem Geschäft. Ja er half später auch bei blofs objektiv vorhandener (vom Gegner gar nicht beabsichtigter) Benachteiligung dem minor

---

Vertreter. 2. Der gesetzliche Vertreter des römischen Rechts (tutor, curator) kann grundsätzlich nicht im Namen seines Mündels handeln, weil das römische Recht die Stellvertretung grundsätzlich nicht zuläfst (unten § 45). Sollte die Rechtswirkung unmittelbar für die Person des pupillus begründet werden, so mufste der pupillus das Rechtsgeschäft selber vornehmen. Daher die grofse Bedeutung des Rechtssatzes, dafs der pupillus mit auctoritatis interpositio seines tutor selber handeln könne.

durch in integrum restitutio (unten § 56). Dieselbe lex Plaetoria bestimmte, dafs der (vaterlose) Minderjährige die Bestellung eines Vermögensverwalters (curator) erbitten dürfe. Im Lauf der Kaiserzeit wurde solche Erbittung Regel. Der erbetene Kurator (curator legis Plaetoriae) sollte kein Vormund sein: der Minderjährige behielt neben seinem Kurator nicht blofs volle Geschäftsfähigkeit, sondern auch unbeschränkte Macht über sein Vermögen. Noch nach klassischem Recht konnte der Minderjährige ohne seinen Kurator sich vollwirksam verpflichten (l. 101 D. 45, 1). Natürlich war solche doppelte Vermögensverwaltung unzweckmäfsig. Diokletian erhob darum das, was tatsächlich Regel war, zum Rechtssatz (l. 3 C. 2, 21): durch Bestellung des erbetenen Kurators wird dem Minderjährigen (ähnlich wie dem entmündigten Verschwender) die Vermögensverwaltung entzogen[4]. Seitdem ist der römische minor curatorem habens zwar nach der Theorie vollkommen geschäftsfähig (wie jeder minor pubes), aber er ist nicht mehr zu selbstständigem Abschlufs von Veräufserungs- und Verpflichtungsgeschäften berechtigt: er ist verwaltungsunfähig, weil die Verwaltung seines Vermögens auf den Kurator übertragen worden ist. Der Grundsatz seiner vollen Geschäftsfähigkeit blieb insofern unberührt, als er keiner auctoritatis interpositio bedurfte, d. h. keiner gegenwärtigen Beihilfe zum Abschlufs des Geschäfts, sondern nur des consensus curatoris, der vor, bei oder nach dem Geschäft in beliebiger Form erteilt, auch durch den Konsens des volljährig gewordenen Minderjährigen selber ersetzt werden konnte. Zum Zeichen seiner Geschäftsfähigkeit behielt er ferner die Ehefähigkeit und die Testierfähigkeit. Der bevormundete minor war nur in bezug auf seine belastenden Verkehrsgeschäfte von der Zustimmung seines Kurators abhängig, welche die Wirkung solcher Geschäfte auf sein Vermögen vermittelte.

Die deutsche Rechtsentwickelung (schon die Reichspolizeiordnung von 1548) hat die Altersstufe der pubertas und damit die römisch-rechtliche Sonderstellung der minores puberes gestrichen. Dementsprechend sind nach dem B.G.B. (§ 106) alle

---

[4] Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1, S. 227 ff.

Minderjährigen, die das siebente Lebensjahr vollendet haben (infantia majores), ohne Unterschied beschränkt geschäftsfähig (ebenso nach § 114 die wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht Entmündigten). Nur dafs die Ehefähigkeit des weiblichen Geschlechts und die Testierfähigkeit schon mit dem vollendeten 16. Lebensjahre eintritt (B.G.B. §§ 1303. 2229, 2). Andererseits dauert die Minderjährigkeit heute nur noch bis zum vollendeten 21. Lebensjahre (B.G.B. § 2).

Schon nach späterem römischen Kaiserrecht konnte die Volljährigkeit dem Minderjährigen vor der Zeit durch kaiserliches Privileg (venia aetatis) verliehen werden, falls der Mann das 20., die Frau das 18. Lebensjahr vollendet hatte (C. 2, 44). Nach heutigem Recht ist Volljährigkeitserklärung durch Beschlufs des Vormundschaftsgerichts ohne Unterschied des Geschlechts schon nach Vollendung des 18. Lebensjahres möglich (B.G.B. § 3).

pr. I. de curat. (1, 23): Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt.

B.G.B. § 107: Der Minderjährige (der das siebente Lebensjahr vollendet hat) bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

Gegensätze der Geschäftsfähigkeit sind:

1. Die Rechtsfähigkeit (d. h. die privatrechtliche Persönlichkeit, vgl. § 30). Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Rechte und Schulden zu haben (Namensträger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein). Sie schliefst die Erwerbsfähigkeit und die Verpflichtungsfähigkeit in sich. Auch der infans kann Rechte erwerben, kann Schuldner werden (durch Handlung eines anderen, z. B. seines Vormunds). Die Geschäftsfähigkeit dagegen ist die Fähigkeit, durch eigene Handlung (Willenserklärung) Rechte zu erwerben, sich zum Schuldner zu machen. Der infans ist rechtsfähig, denn er ist Person, aber nicht geschäftsfähig: er ist eine unselbständige (unter fremder Geschäftsführung stehende) Person.

2. Die Deliktsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, aus unerlaubten Handlungen haftbar zu werden, steht nicht unter den gleichen Rechtssätzen wie die Geschäftsfähigkeit. Der Ge-

schäftsunfähige (infans, furiosus) ist auch deliktsunfähig. Aber der beschränkt Geschäftsfähige ist nach römischem Recht schon deliktsfähig, wenn er als doli capax erscheint (so der prodigus, der pubertati proximus). Ähnlich B.G.B. § 827. 828: bereits mit vollendetem 18. Lebensjahr tritt (für die privatrechtliche Schadensersatzhaftung) die volle Deliktsfähigkeit ein; für die Zeit zwischen vollendetem 7. und 18. Lebensjahr ist die individuelle Entwickelung mafsgebend (es kommt darauf an, ob der Betreffende doli capax war). Die Deliktsfähigkeit beginnt also früher als die volle Geschäftsfähigkeit. Erst die volle Geschäftsfähigkeit begründet die privatrechtliche Selbständigkeit der Person (den Besitz eigenen Geschäftsführungsrechts), und das Kennzeichen der vollkommenen Geschäftsfähigkeit ist, dafs sie fähig macht, sich selbständig durch Rechtsgeschäfte (Verträge) zu verpflichten.

§ 45.

Die Stellvertretung.

Nicht alle Rechtsgeschäfte, welche man abschliefsen möchte oder müfste, ist man imstande, selber abzuschliefsen. Der Wahnsinnige kann sich kein Brot kaufen, auch wenn er Geld genug hätte. Er ist rechtlich an dem Abschlufs des Rechtsgeschäfts verhindert. Oder: der Hausherr kann nicht selber täglich auf den Markt gehen, um für den Mittagstisch einzukaufen. Er ist tatsächlich an dem Abschlufs des Rechtsgeschäfts verhindert.

In dem Fall blofs tatsächlicher Verhinderung kann der Verhinderte sich häufig durch Absendung eines Boten helfen, falls er, der Absendende, nämlich selber verhandeln will. Der Bote soll ihm nur helfen, das äufsere Hindernis der Entfernung zu überwinden, gerade wie ein Brief. Der Bote nimmt ihm nur den Gang ab, nicht den Abschlufs des Rechtsgeschäfts. Der Bote ist lediglich das Werkzeug, durch welches der Absendende selber erklärt, d. h. selber abschliefst. Bote (nuntius) ist, wer eine Erklärung als fremde Erklärung (als Erklärung des Absendenden) überbringt. Es kann aber die Meinung sein, dafs der Geschäftslustige nicht selber verhandeln will. Dann erteilt er einem anderen Vollmacht, an seiner

Statt (in seinem Namen) zu handeln: der Kaufmann stellt z. B. in seinem Laden einen Kommis, der Wirt in der Wirtschaft einen Kellner an. Die Verhandlung mit dem Bevollmächtigten soll entscheiden und soll so angesehen werden, als ob sie mit ihm selbst geführt wäre. Der Bevollmächtigte soll ihn vertreten sowohl in der Abgabe wie in dem Empfang von Erklärungen. Er soll dem Machtgeber den Abschlufs des Rechtsgeschäfts abnehmen, die Hervorbringung der Erklärungstat, durch welche das Rechtsgeschäft zustande kommt. Darin liegt das Wesen des Stellvertreters. Der Bote ist lediglich ein Werkzeug, durch welches ich selber erkläre (nur ich erkläre, der Bote erklärt nichts) bezw. ein Werkzeug, durch welches mir erklärt wird (mit dem Empfang der Antwort durch meinen Boten ist noch nichts erklärt). Der Stellvertreter aber erklärt den rechtsgeschäftlichen Willen an meiner Statt (nur der Stellvertreter erklärt, ich erkläre nichts) und ebenso empfängt der Stellvertreter die gegnerische Erklärung an meiner Statt (der Empfang der Antwort durch den Stellvertreter vollendet die gegnerische Erklärung). Stellvertreter ist, wer eine rechtsgeschäftliche Erklärung als eigne Erklärung abgibt bezw. eine gegnerische Erklärung in eigener Person empfängt, aber als eine solche, die nicht für ihn selber, sondern für einen anderen wirken soll. Stellvertretung ist der Abschlufs eines Rechtsgeschäfts zwecks unmittelbarer Wirkung für einen anderen, d. h. der Abschlufs eines Rechtsgeschäfts in fremdem Namen.

In dem Fall des Wahnsinnigen, überhaupt in den Fällen rechtlicher Verhinderung an dem eigenen Abschlufs des Rechtsgeschäfts (es fehlt die nötige Geschäftsfähigkeit) kann von vornherein (sofern nicht dem beschränkt Geschäftsfähigen durch auctoritatis interpositio zum Selbsthandeln geholfen wird) nicht ein Bote, sondern nur ein Stellvertreter aushelfen.

Also zwei Fälle der Stellvertretung: die rechtsnotwendige („gesetzliche") Stellvertretung des rechtlich Verhinderten (im B.G.B. heifst sie Vertretung durch einen „gesetzlichen Vertreter") einerseits, die gewillkürte Stellvertretung des blofs tatsächlich Verhinderten (im B.G.B. heifst sie Vertretung durch einen „Bevollmächtigten") andererseits. Die „ge-

setzliche“ Vertretung bedeutet für den Vertretenen die Unterwerfung unter fremde Geschäftsführung (Bevormundung), die gewillkürte Stellvertretung ist für den Vertretenen ein Mittel eigener Geschäftsführung. Jene besteht kraft Rechtssatzes ohne Rücksicht auf den Willen des Vertretenen, diese kraft Rechtsgeschäfts (Willenserklärung), d. h. kraft und nach Mafsgabe der vom Vertretenen erteilten Vollmacht.

Das römische Zivilrecht hat die Stellvertretung nur sehr zögernd und nur in engen Grenzen anerkannt[1]. Die Rechtsgeschäfte des altrömischen Zivilrechts wirkten durch ihre Form. Die Form berechtigt und verpflichtet den, der sie vollzieht. Berechtigung und Verpflichtung eines an der Form nicht Beteiligten erscheint dem alten römischen ebenso wie dem alten deutschen Recht unmöglich. Dabei ist es für die negotia juris civilis (mancipatio, in jure cessio, auch für die stipulatio) geblieben: sie können nur im eignen Namen mit Wirkung für den Handelnden selber vollzogen werden. Sklaven und Hauskinder erwerben zwar kraft Gewaltrechts mit Rechtsnotwendigkeit für ihren Herrn. Ein Erwerb kraft Vertretungsrechts (kraft des Vertretungswillens des Handelnden) ward vom Zivilrecht nicht anerkannt; per liberam personam nobis adquiri nihil potest (vgl. L. 126 § 2 D. 45, 1; L. 1 C. 4. 27). Das galt auch für den Vormund. Sollte der Mündel unmittelbar erwerben, so mufste der Vormund einen Sklaven des Mündels oder (soweit das möglich war) den Mündel selber (mit auctoritatis interpositio, oben § 44) auftreten lassen. Sonst erwarb der Vormund zunächst für sich selbst. Ebenso verpflichtete er sich selbst, falls nicht der Mündel mit auctoritatis interpositio das Geschäft in eigner Person abschlofs.

Erst das in das römische Zivilrecht eindringende jus gentium mit seinen formlosen Rechtsgeschäften öffnete wenigstens auf sachenrechtlichem Gebiete der Stellvertretungsfreiheit

---

[1] Vgl. zu dem Folgenden Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 203 ff. Von der früheren Literatur insbesondere Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht (1885), S. 9 ff., und in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 21, S. 200 ff. Schlofsmann, Der Besitzerwerb durch Dritte (1881). Schlofsmann, Die Lehre von der Stellvertretung insbes. bei oblig. Verträgen, Bd. 2 (1902), S. 153 ff.

eine Gasse: in der Kaiserzeit ward für den Besitzerwerb und den durch Besitzerwerb vermittelten Rechtserwerb nach jus gentium, also insbesondere für den unfeierlichen Rechtserwerb durch Tradition (negotium juris gentium) Stellvertretung zugelassen. Die Brücke bildete der procurator, d. h. der für die häuslichen Geschäfte mit allgemeiner Vollmacht (darum auch procurator omnium rerum genannt) dauernd bestellte Stellvertreter des Hausherrn, gewöhnlich ein Freigelassener, dessen Hausangehörigkeit ihn dem servus annäherte. Dafs durch ihn Besitz und folgeweise auch an den Besitz geknüpfter Rechtserwerb möglich sei, ward schon in früher Kaiserzeit anerkannt. Was vom procurator galt, ist auf den Vormund, später (endgültig aber erst durch Justinian) auch auf den „quasi procurator", d. h. auf jeden Bevollmächtigten übertragen worden. Sachen, die der Prokurator (der gewillkürte Stellvertreter) im Namen seines Machtgebers, die der Vormund im Namen seines Mündels durch Tradition erwarb, wurden dem Vertretenen unmittelbar zu Besitz und Eigentum erworben. Für die Kontrakte aber, also auf dem Gebiet des Schuldrechts, blieb es bei dem Grundsatz: Kontrakte verpflichten und berechtigen nur den Kontrahenten selber, Kontrakte können nicht wirksam in fremdem Namen geschlossen werden.

Auch der Prätor reformierte hier nur teilweise. Er führte gegen Ende der Republik die adjektizischen Klagen (unten § 88) ein, d. h. er gab in weitem Umfang aus der Schuld des gewillkürten Stellvertreters (z. B. des institor, d. h. des für das Gewerbe mit Vollmacht Angestellten) eine Klage gegen den Vertretenen. Aus dem Kontrakt des Vertreters (z. B. des im Laden angestellten institor) haftete also nach prätorischem Recht auch der Geschäftsherr (der Prätor gab gegen ihn die Kontraktsklage als actio institoria). Aber es blieb dabei, dafs der Stellvertreter nach Zivilrecht selber haftete (gegen ihn ging die Kontraktsklage als actio directa). Es blieb vor allem dabei, dafs das Forderungsrecht aus dem Kontrakt dem Vertreter zustand, nicht dem Geschäftsherrn (nur im Notfall gab der Prätor dem Geschäftsherrn utilis actio). Lediglich wenn der Vertreter ein Sklav oder Hauskind (filiusfamilias) des Geschäftsherrn war, ward das Recht aus dem Kontrakt dem Herrn von Rechts wegen

unmittelbar erworben: kraft Gewaltrechts, nicht kraft des Rechts von der Vertretung.

Die Enge auch des prätorischen Stellvertretungsrechts hat wirtschaftliche Gründe. Die römische Wirtschaft war Sklavenwirtschaft (Hauswirtschaft). Vertreter war gewöhnlich ein Sklav, unter Umständen ein Hauskind. Den Rechtserwerb wirkte das Gewaltverhältnis, der Verpflichtung des Herrn dienten die adjektizischen Klagen. So war das praktische Bedürfnis befriedigt und das Recht von der Stellvertretung (durch Freie) blieb unentwickelt[8]. Bei uns sind die Verhältnisse ganz andere und wir haben daher ein ganz anderes Stellvertretungsrecht.

Nach heutigem Recht ist grundsätzlich bei allen Verkehrsgeschäften (also die Geschäfte des Familienrechts, z. B. die Eheschliefsung, und die Geschäfte des Erbrechts, z. B. das Testament, ausgenommen) wie die gesetzlich notwendige, so auch die gewillkürte Stellvertretung zulässig. Das Rechtsgeschäft wird von dem Stellvertreter für den anderen abgeschlossen: es ist seinem Abschlufs nach (d. h. in Hinblick auf die Willenserklärungstat, durch welche es zustande kommt) ein Geschäft des Stellvertreters. Aber die Wirkungen treten nicht zu Lasten noch zugunsten des Stellvertreters, sondern nur zu Lasten und zugunsten des anderen (des dominus negotii) ein: das Geschäft ist seiner Wirkung nach ein Geschäft des Vertretenen. Das B.G.B. (§ 164) steht selbstverständlich auf dem Boden dieses heutigen Rechts: der Vertretene erwirbt Recht und Pflicht unmittelbar aus dem Geschäft seines Vertreters (sogenanntes Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung).

Voraussetzung für die Wirkung des Stellvertretungsverhält-

---

[8] Ein Gegenstück bietet Ägypten. Dort gab es auf dem Lande wenig Sklaven. Den Verkehr vermittelten freie Stellvertreter. Darum hat dort das hellenistische Recht für das gesamte Gebiet des Verkehrsrechts, auch für die Kontrakte den Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung durch freie Vertreter ausgebildet, vgl. L. Wenger, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri, 1906, insbes. S. 268. 269. Das galt aber doch nur für die Griechen, nicht auch für die Römer in Ägypten, Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 230. 231. Die Römer konnten sich bei den formlosen Kontrakten des jus gentium durch Boten und freie Behandlung des Botenbegriffs helfen; aber auch davon scheint nur beschränkter Gebrauch gemacht zu sein, Mitteis S. 228 ff.

nisses[3] ist, dafs dasselbe dem Vertragsgegner erkennbar sei. Nur wenn der Stellvertreter (der Vormund oder der Bevollmächtigte) als solcher handelt, also nur, wenn er mit ausdrücklicher oder durch die Umstände hinlänglich klar gemachter Hinweisung auf den Zweckträger des Rechtsgeschäfts, den Vertretenen (den dominus negotii), handelt, tritt die Wirkung ein, dafs nicht der Stellvertreter, sondern nur der dominus aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet wird. Das Rechtsgeschäft mufs also erkennbar im Namen des dominus negotii geschlossen sein (Beispiel: der Vertragsschlufs des Kellners in der Gastwirtschaft, des Ladendieners im Laden). Nur in diesem Fall, wo die Stellvertretung für den Vertragsgegner erkennbar ist (man pflegt solche Stellvertretung als offene Stellvertretung zu bezeichnen), finden die Rechtssätze über Stellvertretung Anwendung.

Dagegen tritt derjenige Beauftragte (oder gesetzliche Vertreter), welcher zwar im Interesse (auf Rechnung), aber nicht im Namen seines dominus, sondern im eignen Namen handelt (sogenannter stiller oder mittelbarer Stellvertreter) überhaupt gar nicht als Stellvertreter auf, und in solchem Fall finden daher die Rechtssätze über Stellvertretung keine Anwendung. Die Wirkungen des in solcher Weise geschlossenen Rechtsgeschäfts (z. B. mein Freund kauft für mich Briefmarken auf der Post, mein Kommissionär kauft für mich Wertpapiere an der Börse) treten nur zu Lasten und zugunsten des Handelnden (des Kommissionärs) ein, nicht zu Lasten noch zugunsten des dominus negotii. Erst durch ein zweites Rechtsgeschäft müssen die Wirkungen des ersten Rechtsgeschäfts, z. B. der Eigentumserwerb, auf den dominus negotii übertragen werden. Die mittelbare Stellvertretung stellt also in Wahrheit rechtlich keine Stellvertretung dar und die Tatsache, dafs das römische Zivilrecht grundsätzlich nur mittelbare (den Handelnden zunächst selbst berechtigende und verpflichtende), nicht unmittelbare Stellvertretung zuliefs, ist mit der anderen gleichbedeutend, dafs das Zivilrecht grundsätzlich keine Stellvertretung anerkannte[4].

[3] Soweit dasselbe überhaupt zugelassen wird, also nach römischem Recht nach Mafsgabe der Beschränkung, welche aus dem vorigen sich ergibt.

[4] Einen Auftrag kann der mittelbare „Stellvertreter“ haben; aber er

Keine Stellvertretung ist ferner die (dem heutigen Recht unbekannte) sogenannte unfreie Stellvertretung des römischen Rechts, d. h. der rechtsnotwendige Erwerb des Herrn durch seinen Sklaven, des paterfamilias durch den filiusfamilias (oben S. 186. 200). Das Rechtsgeschäft wirkt hier grundsätzlich nur zugunsten des dominus, nicht auch zu seinen Lasten (er wird grundsätzlich nicht verpflichtet aus dem Darlehen, obgleich er das Eigentum an dem empfangenen Gelde erwirbt). Es tritt also nur teilweise Stellvertretungswirkung ein. Damit der dominus nicht blofs berechtigt, sondern auch verpflichtet werde aus dem Rechtsgeschäft, müssen hier anderweitige besondere Voraussetzungen vorliegen (unten § 88). Und ferner: es ist für den rechtsnotwendigen Erwerb des Herrn gleichgültig, ob der servus bzw. filiusfamilias im eignen Namen oder im Namen des Herrn, ob er bevollmächtigt oder unbevollmächtigt gehandelt hat. Die Rechtssätze über Stellvertretung finden auch auf dies Verhältnis keine Anwendung.

---

hat keine Vollmacht. Auftrag und Vollmacht sind zu unterscheiden. Der Auftrag bestimmt das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn, die Vollmacht das Aufsenverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten. Der Auftrag verpflichtet den Geschäftsführer zur Geschäftsführung (dazu bedarf es eines Vertrags, d. h. der Annahme des Auftrags durch den Beauftragten). Die Vollmacht ermächtigt den Geschäftsführer, im Namen des Geschäftsherrn mit dem Dritten abzuschliefsen bezw. Erklärungeu des Dritten zu empfangen (dazu bedarf es nur der einseitigen Willenserklärung seitens des Geschäftsherrn). Der Auftrag kann ohne Vollmacht gegeben werden (so im Fall des „mittelbaren Stellvertreters“). Auch kann die Vollmacht ohne Auftrag sein (es kann ein Gesellschaftsverhältnis, ein Dienstvertragsverhältnis zugrunde liegen). Für das Verhältnis zu dem Dritten, d. h. für die Wirkung des mit dem Dritten geschlossenen Rechtsgeschäfts, ist immer nur die Vollmacht mafsgebend. Ist die Vollmacht da, so wirkt das im Namen des Vertretenen geschlossene Geschäft heute nur für den Vertretenen. Fehlt die Vollmacht, so wirkt das Geschäft, falls nicht nachträgliche Genehmigung (ratihabitio) seitens des Vertretenen (in dessen Namen abgeschlossen wurde) erfolgt, auch heute nur für den falsus procurator, den Vertreter (vgl. B.G.B. § 177—180).

III. Rechtsschutz.

§ 46.
Einleitung.

I. Die Rechtsausübung. Ausübung eines Rechts ist die Verwirklichung seines Inhalts. Sie ist rechtmäfsig (qui jure suo utitur, neminem laedit). Ausgenommen wenn sie das Mittel zur Begehung einer unrechtmäfsigen Handlung bildet (Beispiel: Gebrauch der eignen Waffe zur Sachbeschädigung, Tötung). Ein Fall der letzteren Art ist auch die schikanöse Ausübung, d. h. die Ausübung lediglich zwecks Benachteiligung des Gegners. Schikanöse Rechtsausübung ist widerrechtlich (B.G.B. § 226).

II. Der Rechtsschutz tritt ein, wenn zur Ausübung eines Rechts die Mitwirkung eines Gegners erforderlich ist (der andere besitzt meine Sache; der andere ist mir 100 schuldig). Der Rechtsschutz vermittelt den Rechtszwang gegen den Gegner. Die Rechtszwangsgewalt ist heute Staatsgewalt, nicht (wie in Urzeiten) eigne Gewalt der Privatperson und ihrer Sippe. Unsere gesamte heutige Rechtsschutzordnung wurzelt in dem Verbot der Eigenmacht (Gewaltübung einer Privatperson gegen die andere). Die privatrechtliche Freiheit (Rechtsfähigkeit) des heutigen Rechts ist Freiheit von privater Eigenmacht, Unterwerfung nur unter die öffentliche Macht. Daraus ergeben sich zwei Folgesätze:

1. Die Selbstverteidigung, d. h. die Abwehr fremder Eigenmacht (Notwehr) ist grundsätzlich rechtmäfsig. Sie ist Ausübung der privatrechtlichen Freiheit: vim vi repellere licet.

2. Die Selbsthilfe, d. h. den Gegner angreifende Eigenmacht, um ihn zur Befriedigung eines Rechtsanspruchs zu nötigen, ist grundsätzlich unrechtmäfsig. Sie ist Überschreitung der eignen, Verletzung der gegnerischen Freiheit. Selbsthilfe ist eigenmächtige Rechtsvollstreckung (Befriedigung eines Rechts durch Gewalt gegen eine Person). Rechtsvollstreckung ist keine Rechtsausübung. Rechtsausübung bedeutet die das Recht befriedigende eigne Handlung; Rechtsvollstreckung erzwingt oder ersetzt die zur Befriedigung des Rechts notwendige

gegnerische Handlung. Bedarf es der Vollstreckung, so bedarf es der Anrufung der Staatsgewalt: der Klage (actio). Die Privatperson hat den Anspruch, d. h. das Recht, vom Gegner die zur Rechtsbefriedigung nötige Leistung (Tun oder Unterlassen) zu verlangen (B.G.B. § 194). Der Staat hat die Vollstreckung. Der Anspruch mufs darum erst in einem öffentlichrechtlichen Verfahren (Zivilprozefs) vor dem staatlichen Gericht sich als begründet bewähren[1], um, nachdem er (durch Gerichtsurteil) zum Range eines öffentlichrechtlich anerkannten Anspruchs erhoben ist, durch die staatliche Zwangsgewalt zu seiner Befriedigung zu gelangen.

Das römische Recht von der Selbsthilfe ruht auf dem decretum divi Marci (von Mark Aurel) und dem anschliefsenden späteren Kaiserrecht (vgl. l. 13 D. 4, 2; l. 7 C. 8, 4): der eigenmächtig sein Recht Vollstreckende verwirkt sein Recht (ist also rückgabepflichtig); war er in Wirklichkeit gar nicht berechtigt, hat er das Doppelte des eigenmächtig Angeeigneten zurückzuerstatten. Die Privatstrafe der Selbsthilfe (Rechtsverwirkung, doppelter Ersatz) ist unserem Recht unbekannt. Aber die Selbsthilfe berechtigt, weil unrechtmäfsig, den Angegriffenen zur Notwehr und verpflichtet andererseits den Angreifer schlechtweg (auch bei entschuldbarem Irrtum) zum Schadensersatz (B.G.B. § 231).

Es gibt jedoch Ausnahmen von dem Verbot der Selbsthilfe. Im Notfall, wo der gerichtliche Schutz tatsächlich nicht ausreicht, wo also ohne Selbsthilfe unwiederbringlicher Schaden entstehen würde, z. B. dem Schuldner gegenüber, welcher durch Flucht sich seinem Gläubiger entziehen will, ist nach römischem und heutigem Recht (vgl. l. 10 § 16 D. 42, 8; B.G.B. § 229) die Selbsthilfe Recht, nicht Unrecht.

---

[1] Der privatrechtliche Anspruch schliefst also (gegen die herrschende Lehre) nicht einen öffentlichrechtlichen Rechtsschutzanspruch (ein Recht auf günstiges Urteil) in sich; gegen den Staat hat der Berechtigte nur das aus der öffentlichen Verfassung folgende Recht auf rechtliches Gehör, d. h. auf ordentliches Verfahren, um die öffentlichrechtlichen Bedingungen eines günstigen Urteils (Beweis usw.), d. h. die Bedingungen der öffentlichrechtlichen Anerkennung seines Anspruchs erfüllen zu können. Der privatrechtliche Anspruch als solcher hat keinerlei öffentlichrechtliche Wirkung: Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozefs, 1905, S. 1 ff.

§ 47.
Der römische Zivilprozefs[1].

Die Grundlage des klassischen römischen Zivilprozesses ist die Zweiteilung des Verfahrens in zwei scharf voneinander getrennte Abschnitte: in das Verfahren in jure und das Verfahren in judicio. Offenbar ist der römische Zivilprozefs aus schiedsgerichtlichem Verfahren hervorgegangen. Die römische Obrigkeit gewährte Rechtshilfe in der Form, dafs sie Unterwerfung unter ein von ihr autorisiertes Schiedsgericht erzwang. Daher die zwei Prozefsabschnitte: der erste (in jure) diente der Anordnung des Schiedsgerichts, der zweite (in judicio) dem Verfahren im Schiedsgericht[2].

Das Verfahren in jure ist das Verfahren vor dem Magistrat, d. h. vor der Gerichtsobrigkeit, der Verwalterin und Vertreterin der souveränen Staatsgewalt: seit Einführung der Prätur also in der Regel vor dem Prätor. Die Aufgabe des Verfahrens in jure ist, die Zulässigkeit des Anspruchs (ob überhaupt ein im Wege des Zivilprozesses verfolgbarer Anspruch

---

[1] Das klassische Werk über den römischen Zivilprozefs ist Keller, Der römische Zivilprozefs und die Aktionen, in 6. Aufl. von Wach (1883) vortrefflich bearbeitet. Doch ist die neuere Forschung in grundlegenden Fragen bereits wesentlich über Keller hinausgekommen. Insbesondere hat sich in dieser Richtung hervorragende Verdienste erworben M. Wlassak, Römische Prozefsgesetze, 2 Bde., 1888. 1891. Dazu M. Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozefs, Festschrift für Windscheid, 1889. Zur Geschichte der Kognitur, 1893 und in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 25, S. 81 ff. Die von Wlassak begründeten Anschauungen dürfen als die gegenwärtig herrschenden bezeichnet werden. Unter den neueren Werken sind sonst namentlich zu nennen: Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, 2 Bde. (1871. 1873); Karlowa, Der römische Zivilprozefs zur Zeit der Legisaktionen (1872); Baron, Abhandlungen aus dem röm. Zivilprozefs, 3 Bde. (1881. 82. 87); Aug. Schultze, Privatrecht und Prozefs in ihrer Wechselbeziehung (1883), S. 228 ff.; O. E. Hartmann, Der Ordo judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer, erster Teil: Über die römische Gerichtsverfassung, ergänzt und herausgegeben von A. Ubbelohde (1886).

[2] Diese Auffassung gehört zu den wichtigen Ergebnissen der Wlassakschen Forschung. Vgl. auch Lenel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 24, S. 342. 343.

erhoben wird), den Inhalt des Anspruchs und zugleich die Bedingungen seiner Geltendmachung festzustellen. Das Verfahren in jure gipfelt und endigt (sofern nicht eine confessio in jure erfolgt, vgl. oben S. 63) mit der sogenannten litis contestatio, d. h. mit der Formulierung des Rechtsstreits durch Parteivertrag, um dadurch die Grundlage für das judicium (das obrigkeitlich autorisierte Schiedsgericht) herzustellen. Die litis contestatio („Streitbefestigung") führt ihren Namen von der ursprünglich mit derselben verbundenen zweiseitigen feierlichen Zeugenaufrufung seitens der Parteien[8]. Sie bedeutet den autori-

[8] Festus de verborum signif.: Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote. Beide Parteien haben Zeugen aufzurufen (contestari). Sie unterwerfen sich dadurch zugleich feierlich dem über die so formulierte Frage angeordneten judicium (dem Schiedsgericht). Daher die Anschauung, dafs judicio (durch Vollziehung der litis contestatio) contrahitur (Cicero de leg. III 3: lites contractas judicanto; l. 3 § 11 D. 15, 1: sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi) Die mit der Zeugenaufrufung anhebende litis contestatio ist das eigentliche, für das Urteil grundlegende litigare, agere, petere, vgl. Wlassak, Kognitur, S. 7 ff., und unten § 48 Anm. 1. — Die Worte des Festus „ordinato judicio" wurden früher dahin verstanden, dafs die Zeugenaufrufung erst nach der Einsetzung („Anordnung") des judicium, folgeweise erst nach der Formulierung des Rechtsstreits erfolgt sei, als „Schlufsakt" des Verfahrens in jure. Dagegen hat Wlassak, Litiskontest., S. 72 ff. nachgewiesen, dafs litem ordinare bedeutet „den Rechtsstreit vorbereiten" (vgl. den Ausdruck: bonorum possessio litis ordinandae gratia). Danach heifsen die Worte „ordinato judicio" soviel wie: „nachdem das judicium vorbereitet ist". Nachdem die Art der beabsichtigten Streitformulierung (die Art der legis actio, später der Inhalt der formula) klargestellt ist, erfolgt seitens beider Parteien (vertragsmäfsig) die Zeugenaufrufung, um nun vor den Zeugen die in Aussicht genommene Formulierungshandlung (litis contestatio) feierlich zu vollziehen. In alter Zeit geschah das durch das Sprechen der Formelworte (legis actio). Im Formularprozefs geschah es, wie Wlassak in derselben Schrift wahrscheinlich gemacht hat, durch die Übergabe (bezw. Diktat) der vom Prätor genehmigten (datio) Schriftformel seitens des Klägers an den Beklagten. Auch der Formularprozefs hatte also eine vertragsmäfsige Parteihandlung der Streitformulierung (der Kläger „ediert", der Beklagte „akzeptiert" die formula und damit das judicium). Auch bei dieser Parteihandlung des Formularprozesses dauerte darum zunächst der beiderseitige Zeugenaufruf fort (Wlassak a. a. O. S. 70 ff.); doch ist derselbe, weil er gegenüber der Schriftformel ohne praktische Bedeutung war, im Lauf der Kaiserzeit abgekommen. — Zu Wlassaks

sierten Schiedsvertrag, der seine öffentlichrechtliche (zur Vollstreckung führende) Kraft durch die Mitwirkung der anwesenden Obrigkeit empfängt. Die litis contestatio wird von dem Magistrat verweigert (denegatio actionis), wenn der Anspruch aus sachlichen oder prozessualen Gründen dem Magistrat als nicht begründet oder des Rechtsschutzes unwürdig erscheint[4]. Umgekehrt liegt in der Gewährung der litis contestatio seitens des Magistrats (datio actionis) die magistratische Entscheidung (decretum), dafs der Anspruch zugelassen und für denselben der Rechtsweg durch Einsetzung eines judicium eröffnet wird.

Aber das Verfahren in jure vermag nicht zu einem Urteil im Rechtssinn (zu einer sententia) zu führen. Damit der nunmehr (durch die litis contestatio) formulierte Rechtsstreit sein Urteil finde, mufs der Prozefs aus der Hand des Magistrats in die Hand eines geschworenen Schiedsrichters (judex), d. h. einer Privatperson (unter Umständen auch mehrerer kollegialisch entscheidender Privatpersonen)[5] übergehen. Nur der Privat-

Ausführungen vgl. Lenel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 15, S. 374 ff., Bd. 24 S. 329 ff. sowie die Polemik von Hölder, Bekker (in ders. Zeitschr. Bd. 24 S. 197 ff. 362 ff., Bd. 27 S. 13 ff.) und Schlofsmann, Litis contestatio (1905).

[4] Vgl. R. Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes im röm. Zivilprozefs, 1903. Römischer Zivilprozefs und moderne Prozefswissenschaft, 1904. Die denegatio actionis bedeutet freie Handhabung des magistratischen imperium, die dem Prätor schon zur Zeit des Legisaktionenprozesses zugestanden haben mufs, Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 40 Anm. 3.

[5] Für Freiheitsprozesse bestand zur Zeit der Republik ein ständiges Geschworenenkollegium von Zehnmännern (decemviri litibus judicandis), für Vindikationsprozesse, insbesondere für Erbschaftsprozesse (hereditatis vindicatio) das (in mehrere Abteilungen, consilia, gegliederte) Kollegium der Hundertmänner (centumviri) mit 105, später 180 Mitgliedern. Wollte der Prätor eine Sache zu beschleunigter Entscheidung bringen, so konnte er aufserordentlicherweise kraft seines imperium ein Kollegium von (gewöhnlich 3 oder 5) recuperatores einsetzen, welche binnen bestimmter Frist zu urteilen hatten. So geschah es namentlich bei Freiheitsprozessen (vindicatio in libertatem), wo dann also durch das Rekuperatorengericht die Zuständigkeit der Zehnmänner (welche seit Augustus in dieser Funktion verschwinden) tatsächlich ausgeschlossen wurde, und bei Fremdenprozessen. Vgl. Wlassak, Röm. Prozefsgesetze, Bd. 1, S. 179 Anm. 12, Bd. 2, S. 318. — Recuperatores (die immer nur für den Einzelfall bestellt wurden) und centumviri waren als solche Privatpersonen, ebenso wie der unus judex.

mann, welcher nicht vermöge frei schaltender Staatsgewalt nach souveränem Ermessen, sondern (kraft seines Eides, welchen er schwört) lediglich nach Mafsgabe des geltenden Rechts zu urteilen berufen ist[6], kann ein Urteil im Rechtssinn (eine sententia) abgeben; nur der Privatmann ist imstande, ein wahrer judex, ein Organ des objektiven Rechts zu sein. Die Entscheidung des Magistrats ist auch in Zivilsachen formell stets eine Handhabung des souveränen imperium (ein decretum oder interdictum), ist rechtlich ein Machtspruch, kein Wahrspruch[7]. Nur die Entscheidung des geschworenen Privatmanns (des judex), dessen Stellung nicht auf imperium, sondern auf officium beruht, ist kein Befehl, sondern Urteil, ist ein Wahrspruch (sententia), kein Machtspruch. Darum verlangt der römische Zivilprozefs, dafs der Magistrat der Entscheidung des Rechtsstreits sich

---

Obgleich die centumviri zu je drei aus jeder der 35 tribus genommen wurden, deutet nichts darauf hin, dafs sie von den Tributkomitien gewählt worden wären. Für die decemviri dagegen ward gegen Ende der Republik Wahl durch die Tributkomitien vorgeschrieben, so dafs sie formell zu den magistratus (minores) populi Romani zählten, doch ohne dafs ihre Stellung zu den Parteien dadurch verändert worden wäre. Es gilt von allen Geschworenen gleichermafsen, auch von den decemviri, dafs sie den Parteien lediglich als Privatpersonen (judex privatus), nicht als mit Zwangsmitteln ausgerüstete Obrigkeit gegenübertreten; vgl. Pernice in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 5, S. 48.

[6] Nur eine ausdrückliche Anweisung des Magistrats (exceptio, actio in factum usw.) kann den judex von der Beobachtung des geltenden Rechts entbinden, wobei dann der Magistrat, nicht aber der judex die Verantwortung trägt.

[7] Deshalb kann die obrigkeitliche Entscheidung auch in Zivilsachen durch Interzession eines gleich- oder höherberechtigten Magistrats, d. h. durch einen entgegengesetzten Befehl von gleicher Befehlsgewalt (imperium), der eine Befehl also durch einen anderen Befehl aufgehoben werden. Daraus hat sich die Appellation des älteren römischen Rechts entwickelt (die „Herbeirufung" des anderen Magistrats zur Interzession). Aus der Appellation an den Kaiser ist dann kraft der kaiserlichen Befugnis, alle Prozesse im Reich den ordentlichen Gerichten zu entziehen und an das kaiserliche Gericht zu bringen, in der Zeit des Prinzipats die moderne Appellation hervorgegangen, welche (gleich der alten Provokation) die Instanz verändert und vor einem höheren Gericht eine Neuverhandlung der Sache zum Zweck eines neuen Urteils herbeiführt. Vgl J. Merkel, Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts, Heft 2: Über die Geschichte der klassischen Appellation (1883)..

enthalte, dafs er vielmehr die Entscheidung einem Schiedsrichter, einer Privatperson übertrage (welche dadurch zum judex für den Prozefs bestellt wird)[8]. Die Scheidung des Zivilprozesses in diese zwei Stufen: Verfahren in jure und Verfahren in judicio, bedeutet grundsätzlich die Befreiung des Privatrechts von der magistratischen Gewalt.

Nachdem in jure der Rechtsstreit zugelassen und formuliert ist (litis contestatio), geht er demnach zu weiterer Verhandlung an einen privaten geschworenen judex (oder an mehrere judices) über. Dies Verfahren vor dem judex ist das Verfahren in judicio (im autorisierten Schiedsgericht). Seine Aufgabe ist, wie schon gesagt, die Entscheidung des Rechtsstreits durch das Urteil (sententia) des judex. Der judex wird zunächst den Tatbestand feststellen, Beweis aufnehmen, soweit es ihm nötig scheint. Dann gibt er nach bestem Wissen und Gewissen (ex animi sententia) seinen Wahrspruch über das Rechtsverhältnis, d. h. sein Urteil ab[9].

Während das Verfahren in judicio, soviel wir sehen können, von den Zeiten der zwölf Tafeln bis zum Abschlufs der klassischen Epoche keine wesentliche Änderung erfahren hat, war mit dem Verfahren in jure gegen Ende der Republik eine wichtige Umgestaltung vorgegangen. Der Legisaktionenprozefs ward durch den Formularprozefs verdrängt.

---

[8] Eine gesetzliche Verpflichtung des Magistrats, nicht selbst zu entscheiden, sondern ein Geschworenengericht niederzusetzen, bestand allerdings nur, wenn der Prozefs unter römischen Bürgern und innerhalb der römischen Bannmeile geführt ward, Wlassak, Röm. Prozefsgesetze, Bd. 2, S. 338—342.

[9] In seinem ursprünglichen Wortsinn bezeichnet judicium das Gericht, nämlich das Schiedsgericht (Schwurgericht), welches mit der Entscheidung des Rechtsstreits betraut ist, Wlassak, Röm. Prozefsgesetze, Bd. 2, S. 53. 54 Es rechtfertigt sich dadurch der herkömmliche Sprachgebrauch, welcher das Verfahren im Schwurgericht (vor der geschworenen Privatperson) Verfahren in judicio nennt, wenngleich, wie Wlassak a. a. O. S. 26 ff., 56 ff. dargetan hat, die Quellen mit dem Ausdruck judicium den ganzen Prozefs, also mit Einschlufs des Verfahrens in jure, insbesondere der litis contestatio, bezeichnen. Im Sinne der Quellen ist das judicium schon da (judicium inchoatum, judicio actum est), wenn nur die litis contestatio stattgefunden hat, Wlassak S. 29. 32.

§ 48.

Die legis actio.

Das altrömische Verfahren in jure endigte mit einer litis contestatio durch feierliche Parteihandlung. Die beiden prozessierenden Teile riefen, nachdem vor dem Magistrat verhandelt war, so dafs die Gewährung eines judicium seitens des Magistrats bevorstand, feierlich Zeugen auf, um vor denselben durch eigene formale Handlung unter ganz bestimmten, hergebrachten Worten ihren Rechtsstreit zu klarem Ausdruck zu bringen (litis contestatio, oben S. 266). Die zu sprechenden Formeln waren entweder durch den Wortlaut eines Volksgesetzes (des Gesetzes nämlich, auf welches sich die Klage gründete) oder durch altüberliefertes Herkommen, welches dem Volksgesetz (der lex) gleichgeachtet wurde, festgestellt. Daher hiefs die Vollziehung der litis contestatio, ja das ganze Verfahren (dessen Mittel- und Schwerpunkt eben jene litis contestatio bildete) eine legis actio[1], d. h. ein gesetzmäfsiges Verfahren. Dies war der eigentliche, ordentliche, echte Prozefs, welcher zu solcher litis contestatio und dadurch zu einem judicium, dem Urteil eines privaten Geschworenen (nicht zu einer Entscheidung des Magistrats) führte. Aber noch in einem anderen Sinn konnte diese Art Prozefs eine legis actio genannt werden, in dem Sinn nämlich, dafs nicht blofs die Form der litis contestatio, sondern auch der Anspruch selber, dafs solche litis contestatio und damit ein judicium gewährt werde, auf Volksgesetz oder gesetzesgleichem Herkommen ruhte. Die römische actio bedeutet ein öffentlichrechtliches (in der staatlichen Ordnung begründetes) Recht einmal gegenüber dem Gegner auf Übernahme des judicium (er mufs sich auf den Schiedsvertrag einlassen), zum anderen gegenüber dem Magistrat auf Anordnung des judicium[2],

---

[1] Die litis constestatio wird auch actio genannt, Gaj. IV § 11: in actione vites nominaret. Sie ist die eigentliche legis actio (im formellen Sinn), die solenne Erhebung und Eröffnung des ordentlichen Rechtsstreits. Vgl. oben S. 266 Anm. 3.

[2] Das Recht auf judicium schliefst das Recht auf litis contestatio (d. h. auf magistratisch autorisierten Schiedsvertrag) in sich; mit der litis contestatio ist judicium inchoatum, oben § 47 Anm. 9: das Schiedsgerichtsverfahren hat seinen Anfang genommen.

d. h. auf Gewährung des ordentlichen Verfahrens (nach jus civile, Volksrecht), auf Eröffnung des Rechtsweges (im Gegensatz zum Verwaltungsweg), auf Einsetzung also eines geschworenen Privatmannes, welcher den Rechtsstreit durch sein Urteil entscheide[8]. Dies Recht auf judicium (die actio) wird in der alten Zeit durch lex (oder Herkommen, welches der lex gleich gilt) begründet. Daher die Bezeichnung: legis actio.

I. Die legis actio sacramento. Die wichtigste und regelmäfsige Form des Legisaktionenprozesses war der sogenannte Sakramentsprozefs (legis actio sacramento). Beide Parteien beteuern zum Zweck der litis contestatio feierlich ihren Rechtsanspruch (z. B. ajo hanc rem meam esse ex jure Quiritium usw., worauf dann der andere mit der gleichen Formel antwortet) und deponieren sodann beide eine Wettsumme (das sogenannte sacramentum, eine Summe, je nach der Rechtssache, von 500 oder von 50 As), welche jeder verloren haben will, wenn seine Beteuerung als unwahr sich erweisen sollte. Durch diese Wette ward eine gesetzlich genügende Grundlage für das judicium (eine gesetzmäfsige Formulierung des Rechtstreits) gewonnen. Das Begehren der Wette war darum nach Volksrecht ein gesetzmäfsiges Begehren des judicium; dem Magistrate gegenüber war das Recht auf judicium (die actio) begründet. Wenn der Mann über eine an sich mögliche Rechtsbehauptung zur Wette (sacramentum) zu schreiten, also den sakramentalen Schiedsvertrag zu schliefsen bereit war, nötigte er den Magistrat zur Autorisierung eines solchen Schiedsvertrags (litis contestatio) und Bestellung eines judex sowie den Gegner zur Annahme des Schiedsvertrags (zum Gegensakrament) und Unterwerfung unter den judex. Die legis actio war wirklich eine legis actio sacramento. Auf der Prozefswette beruhte die Entscheidung des

[8] Der öffentlichrechtliche Inhalt unterscheidet die römische actio von dem Anspruch des B.G.B. Unser Anspruch bedeutet lediglich den privatrechtlichen Leistungsanspruch gegenüber dem Gegner (B.G.B. § 194). Nach römischem Recht ist ein Anspruch denkbar ohne actio (vgl. z. B. die naturalis obligatio, unten § 76a), auch eine actio ohne Anspruch (z. B. die actio pro socio, so lange keine Leistungen der socii geschuldet sind). Die actio bedeutet für den Gegner die Einlassungspflicht, der Anspruch die Leistungspflicht. Bekker, Aktionen, Bd. 1, S. 7 ff.

judicium, auf dem Recht zur Prozefswette das Recht auf judicium. Durch das Mittel des Sakraments ward dem Privatrecht die actio gegeben[4].

II. Die legis actio per judicis postulationem.

In bestimmten Fällen jedoch war durch Gesetz mit einem gewissen Tatbestand, nämlich mit gewissen Kontraktstatbeständen und gewissen Deliktstatbeständen, unmittelbar die actio, d. h. das Recht auf judicium, verbunden worden. Es bedurfte des sacramentum und der damit verbundenen Prozefsgefahr nicht. Der Magistrat mufste auf das schlichte Schiedsgerichtsbegehren als solches eingehen und den einfachen (nicht sakramentalen) Schiedsvertrag als Grundlage des judicium (litis contestatio) autorisieren: nachdem festgestellt war, dafs es sich um einen der gesetzlich ausgezeichneten Fälle handelte, schlofs das Verfahren in jure damit, dafs (unter beiderseitigem Zeugenaufruf) der betreffende Tatbestand (Kontrakt oder Delikt) behauptet und auf grund desselben mit solennen Worten die Bestellung eines Schwurrichters (judex) gefordert wurde. Der Tatbestand mufste ein den verba legis entsprechender Tatbestand sein und deshalb genau mit den verba legis be-

---

[4] Ihre zwingende Kraft für die Obrigkeit hatte die Bereitschaft zum sacramentum wahrscheinlich dadurch, dafs ursprünglich nicht blofs Geldsumme gegen Geldsumme, sondern Eid (ein sacramentum im gewöhnlichen Sinn des Worts) gegen Eid gesetzt wurde. Für die Wahrheit des sacramentum macht der Schwörende entweder seine Person haftbar (er konsekriert sich selbst den Göttern) oder nur bestimmte Vermögensstücke (er konsekriert diese Sachen den Göttern, dieselben sollen eventuell den Göttern verfallen sein). Ein solcher blofser „Vieh-Eid“ (so heifst er in deutschen Rechtsquellen), welcher lediglich Vermögensstücke einsetzt, war im Zivilprozefs hinreichend. Aber auch mit solchem Vermögens-Eid war eine Frage geschaffen, welche die Entscheidung durch objektives Urteil forderte. Mit anderen Worten: der Magistrat war genötigt, von der eigenen Entscheidung (decretum) zurückzutreten und einen Geschworenen (judex) bzw. ein Geschworenenkollegium (z. B. die centumviri) durch Wahrspruch (sententia) entscheiden zu lassen. Die Bereitschaft zum Eid begründete die actio (Recht auf judicium). Dann fiel später der Eid weg und blofs die Geldsumme (das Konsekrierte, sacramentum in diesem Sinn), welche übrigens in jüngerer Zeit nicht mehr deponiert, sondern nur noch versprochen wurde, blieb zurück. — Über Eid und Eidesschelte als Ursprung der legis actio sacramento H. H. Pflüger, Die legis actio sacramento, 1898.

schrieben werden. Weil in diesen Fällen das Begehren eines judex den Magistrat unmittelbar zur Gewährung des judicium nötigte, hiefs diese legis actio eine legis actio per judicis postulationem[5].

III. Die legis actio per condictionem. Es waren persönliche Schuldforderungen, für deren Geltendmachung die l. a. per judicis postulationem bestimmt war. Eine Fortbildung der persönlichen Schuldklage bedeutete die legis actio per condictionem, welche durch eine lex Silia für den Anspruch auf eine certa pecunia, dann durch eine lex Calpurnia auch für die Schuldforderung auf eine certa res eingeführt wurde[6]. War der Kläger bei einer persönlichen Klage imstande, seinen Anspruch genau auf eine bestimmte Geldsumme (certam pecuniam dare) oder auf die Eigentumsverschaffung an einer bestimmten Sache (certam rem dare) zu richten, so konnte er gleichfalls un-

[5] Auf diese legis actio per judicis postulationem bezieht sich das von Gajus IV § 11 gegebene Beispiel von der legis actio de arboribus succisis. Als zweifellos darf man annehmen, dafs ursprünglich auf Grund der 12 Tafeln auch wirklich nur wegen abgehauener Bäume die actio zuständig war. Erst die spätere interpretatio liefs die actio auch in anderen Fällen, insbesondere auch de vitibus succisis zu; in der litis contestatio mufsten aber immer noch die Gesetzesworte „de arboribus succisis" gebraucht werden. Dadurch entstand dann der Formalismus, welchen Gajus berichtet. Der Magistrat galt jetzt als berechtigt (und verpflichtet), die judicis postulatio de arboribus succisis zuzulassen, auch wenn es sich in Wirklichkeit (wie aus den Verhandlungen in jure hervorging) de vitibus succisis handelte, aber die Form der feierlichen litis contestatio (legis actio) blieb unverändert: der autorisierte Schiedsvertrag mufste, um als nicht sakramentaler Schiedsvertrag giltig zu sein, nach wie vor de arboribus succisis geschlossen werden. — Ein anderes Beispiel der legis actio per judicis postulationem ist die actio fiduciae, oben S. 69 Anm. 14. Keineswegs aber war (gegen die von Keller begründete Ansicht) die l. a. per judicis postulationem eine allgemeine Klagform für Ansprüche aus bonae fidei negotia; nur in bestimmten Fällen konnte der judex als arbiter zwecks freier Beurteilung eines gegebenen Tatbestandes (z. B. zwecks Schätzung einer geständlich geschuldeten certa res) erbeten werden (die legis actio erschien dann als l. a. per arbitri postulationem), vgl. Wlassak in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 25 S. 165 Anm. 3. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 44 Anm. 11. — Ältere Literatur A. Schmidt in der Zeitschr. der Sav.-Stift., Bd. 2 (1881), S. 155 ff. Voigt, Die zwölf Tafeln, Bd. 1, S. 586 ff.

[6] Gaj. IV § 18—20.

mittelbar die Bestellung eines judex vom Magistrat verlangen. Darin lag eine Gefahr, weil der Kläger seinen Prozefs verlor, wenn er zwar zu fordern, aber nicht genau das Angesprochene zu fordern hatte, andrerseits aber auch ein Vorzug, weil diese actio auch in solchen Fällen möglich war, wo der Tatbestand an sich das Recht der judicis postulatio nicht erzeugte, ja wo überhaupt ein vom Zivilrecht bereits anerkannter Verpflichtungsgrund nicht bestand, sondern nur die Tatsache vorlag, dafs der eine zu Unrecht auf Kosten des anderen bereichert war[7]. Wie bei der l. a. per judicis postulationem in der litis contestatio nur der Tatbestand formuliert ward, ohne Bezeichnung des daraus abgeleiteten Anspruchs (legis actio in factum concepta), so ward hier umgekehrt in der litis contestatio nur der Anspruch formuliert, nicht aber der Tatbestand (legis actio in jus concepta). Es war eine abstrakte Schuldklage, welche in dem Akt der solennen Streitformulierung (litis contestatio) den konkreten Schuldgrund nicht erkennen liefs[8].

Für die Fälle dieser neuen legis actio war eine andere Art der judicis postulatio vorgeschrieben, als sie bei der legis actio per judicis postulationem altherkömmlich war. Auf die legis actio per judicis postulationem ward von alters her sofort der judex vom Magistrat gegeben[9]. Anders bei der legis actio per

[7] Die lex Calpurnia, welche die legis actio per condictionem auch für den Anspruch auf certa res gewährte, ist höchstwahrscheinlich die gegen das Geldnehmen der Magistrate gerichtete lex Calpurnia de pecuniis repetundis v. J. 149 v. Chr. (Pernice, Labeo, Bd. 3, S. 233. Mommsen, Röm. Strafr., S. 708). Repetere ist auch später für die condictio technisch (Pernice S. 232). Streitig ist, ob die actio certae creditae pecuniae, die auf Grund eines Rechtsgeschäfts (mutuum, Stipulation, Literalkontrakt) eine bestimmte Geldsumme forderte, ursprünglich von der condictio zu unterscheiden war: Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 594 ff. W. Stintzing, Beitr. zur röm. Rechtsgesch. (1901), S. 7 ff. 40 ff. Ders. Über die mancipatio (1904) S. 42 ff. Das Corpus juris kennt jedenfalls neben der condictio eine actio certae cred. pec. nicht.

[8] Über alles einzelne gehen, wie das bei der mangelhaften Überlieferung erklärlich ist, die Ansichten der Schriftsteller auseinander. Vgl. J. Baron, Abhandlungen aus dem röm. Civilprozefs, Bd. 1: Die Condictionen (1881) Pernice, Labeo, Bd. 3, S. 226 ff. Rob. v. Mayr, Die condictio des römischen Privatrechtes (1900). H. H. Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo (1904) und oben Anm. 7.

[9] Gaj. IV § 15: Ut autem [die] XXX. judex daretur, per legem Pina-

condictionem. Die Parteien vereinbarten sich, nach 30 Tagen zur Erwählung und Ernennung eines judex (ad judicem capessendum) wiederum in jure vor dem Prätor zu erscheinen. Der Kläger richtete dabei unter beiderseitigem Zeugenaufruf (d. h. vertragsmäfsig) an den Gegner die feierliche Ansage, dafs er nach 30 Tagen wieder vor dem Tribunal des Magistrats zum Zweck der Einsetzung des judicium zu erscheinen habe. Diese Ansage hiefs condictio (wörtlich: Gedinge, Beredung). Die condictio war bereits der autorisierte Schiedsvertrag. Das Begehren der condictio (über eine abstrakte Forderung) war für den Magistrat verbindlich. Daher der Name: legis actio per condictionem.

IV. Die legis actio per manus injectionem. Der vollstreckbaren Geldforderung entspringt die Vollstreckungsklage (actio judicati): die legis actio per manus injectionem. Sie begehrt von der Obrigkeit Autorisierung nicht eines Schiedsvertrags, sondern einer Zwangshandlung (die Partei vollstreckt selbst): sie will nicht Urteil, sondern Befriedigung. Aber es kann in Form Rechtens Widerspruch gegen die Zwangshandlung erhoben werden. Dann führt auch diese legis actio als echte actio zum judicium.

Die normale Zwangsvollstreckungshandlung ist die gerichtliche, d. h. in jure von der Partei mit feierlichen Worten vor dem Magistrat vollzogene Handanlegung an den Gegner als an seinen Vollstreckungsschuldner (manus injectio)[10]. Sie be-

riam factum est; ante eam autem legem [stat]im dabatur judex. Was hier von der legis actio sacramento berichtet wird, dafs früher sofort der judex gegeben ward, darf auch für die l. a. per judicis postulationem angenommen werden.

[10] Die aufsergerichtliche manus injectio ist niemals Zwangsvollstreckung, sondern entweder Besitzergreifungshandlung an einem Unfreien (z. B. Livius III 44: Claudius vollzieht an der Virginia die manus injectio, um sie als seine Sklavin mit nach Hause zu nehmen) oder Ladungshandlung. Auf jede in jus vocatio (feierliche wörtliche Ladung des Gegners) folgte im Fall der Weigerung des Vozierten die manus injectio, um ihn vor Gericht zu bringen, XII tab. I 2. In gewissen Fällen konnte ohne vorgängige in jus vocatio sofort zur manus injectio geschritten werden, so gegen den judicatus (um ihn zwecks der gerichtlichen manus injectio vor den Prätor zu bringen), gegen den fur manifestus und in anderen (kriminellen) Deliktsfällen, vgl. Demelius in der

darf der magistratischen Gestattung und daher zunächst einer Verhandlung (in jure), in welcher natürlich auch der Vollstreckungsbeklagte zu Wort kommt, auf grund deren die Obrigkeit sich entscheidet. Wird die manus injectio vom Magistrat gewährt, so ist sie die Ergreifung des Gegners zur Abführung in die Schuldknechtschaft. Der Gegner ist von nun an aufser stande, sich selber zu verteidigen, weil er kraft der manus injectio servi loco ist. Aber ein anderer kann als vindex für ihn eintreten und das manum injicere des Angreifers durch manum depellere beseitigen. Das manum depellere ist Zerstörung der voraufgegangenen manus injectio: der Schuldner wird frei und kann wegen derselben Sache nicht wieder in Anspruch genommen werden. Der vindex aber ist zur Entschädigung des Gläubigers verpflichtet, dessen Vollstreckungshandlung er vernichtet hat. Er hat sofort die Schuld zu zahlen, um derentwillen die manus injectio vorgenommen war[11]. Weigert er sich aber der Schuldzahlung, weil er die Rechtmäfsigkeit der manus injectio bestreitet, so kommt es zum Prozefs, und der unterliegende vindex hat dann das Doppelte zu zahlen. Dieser Prozefs ist im Wege autorisierten Schiedsver-

---

Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 1, S. 362 ff. Solche Einleitung des Verfahrens durch aufsergerichtliche manus injectio ist für den Gang des Verfahrens unwesentlich. Die gerichtliche manus injectio aber (und sie allein) bildet den Inhalt eines Prozefsverfahrens. Es gibt also viele Manusinjektionen, aber nur eine legis actio per manus injectionem: die gerichtliche manus injectio zwecks Zwangsvollstreckung.

[11] Beispiel Livius VI 14: (M. Manlius) centurionem, nobilem militaribus factis, judicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua accurrit et manum injecit, vociferatusque de superbia Patrum ac crudelitate foeneratorum . . . rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit. Zu beachten ist, dafs das manum depellere hier gleichfalls manum injicere genannt wird. So steht manus injectio gegen manus injectio, wie sonst Sakrament gegen Sakrament. In den zwölf Tafeln (III 3) wird die Handlung des vindex als vindicare bezeichnet: sie ist Gewalt (manum depellere) gegen Gewalt (manum injicere). Vgl. Demelius, Confessio, S. 56, und unten Anm. 13. — Ein vindex begegnet auch bei der in jus vocatio (Anm. 10). Der in jus Geladene mufs folgen oder einen vindex geben, der das manum injicere des Ladenden durch manum depellere beseitigt und sich dadurch für künftiges Erscheinen des Geladenen selber haftbar macht, vgl. Lenel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 25, S. 232 ff.

fahrens unter Bestellung eines Geschworenen (judex) zu entscheiden. Die Vollstreckungshandlung trägt das Recht in sich, dafs im Fall des Widerstreits ein judicium zur Entscheidung des Konflikts bestellt werde.

Aber Voraussetzung der gerichtlichen manus injectio ist eine vollstreckbare Geldschuld. Der Normalfall ist das Judikat: die Verurteilung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme durch sententia des Geschworenen (in judicio). Dem judicatus galt der aeris confessus gleich (der vor dem Magistrat, in jure, eine Geldschuld anerkannt hatte): auch gegen ihn ging die manus injectio pro judicato. Später wurden durch Volksgesetze andere Schuldfälle der Judikatsschuld gleichgestellt, aber für die meisten Fälle (durch eine lex Vallia, etwa um 160 v. Chr.) die Wirkung der manus injectio dahin abgeschwächt, dafs der Schuldner sein eigner vindex sein, also selber manum sibi depellere konnte, wo er dann selbst Prozefssubjekt blieb und eventuell selber in das Doppelte verurteilt wurde. So gab es dann zwei Arten dieser Prozefsform: legis actio per manus injectionem pro judicato (wo der Schuldner gegen die vollzogene manus injectio nur durch einen Vindex sich verteidigen konnte), und l. a. p. m. i. pura (wo der Schuldner sich selber verteidigen konnte). In allen Fällen aber war die in jure vollzogene manus injectio Gegenstand des Prozesses und des Urteils: das judicium entsprang der legis actio per manus injectionem.

V. Die legis actio per pignoris capionem. Der manus injectio verwandt war die pignoris capio. Bestimmte Schuldforderungen hatten das gesetzliche Vorrecht, dafs sie durch pignoris capio, d. h. durch aufsergerichtliche Wegnahme von Vermögensstücken des Schuldners vollstreckt werden konnten. Das Kennzeichen solcher gesetzlichen pignoris capio waren die certa verba, mit denen sie zu vollziehen war. Der Gepfändete hatte dann die Pfandsachen binnen bestimmter Frist einzulösen (wahrscheinlich unter Zuschlag einer Strafsumme); widrigenfalls verfielen die Pfänder (so darf man vermuten) dem Pfandnehmer zu Eigentum (welches durch Vernichtung des Pfandes, pignora caedere, ausgeübt zu werden pflegte: die Pfändung sollte nicht den Gläubiger befriedigen, sondern den ungehorsamen Schuldner bestrafen).

Dem Gepfändeten mufs in irgend einer Form das Recht zugestanden haben, vor dem Magistrat (in jure) Widerspruch gegen die geschehene Pfandnahme zu erheben. Wie das Sakrament zum Gegensakrament, das manum injicere zum manum depellere, so nötigte die pignoris capio den Gegner, falls er sich verteidigen wollte, zum Protest. Auch hier lag dann ein in gesetzliche Form gebrachter Streit der Parteien vor, welcher den Magistrat von der eignen Entscheidung ausschlofs und zur Bestellung eines judicium verpflichtete. So erzeugte die pignoris capio eine actio: die actio war eine legis actio per pignoris capionem[12].

Die Fälle, in denen zur pignoris capio geschritten werden konnte, waren an sich, soviel wir sehen können, nicht im stande, ein ordentliches Zivilverfahren zu erzeugen. Es waren teils Schuldforderungen des öffentlichen Rechts (so das Recht des Soldaten auf seinen Sold, auf Pferdegeld und auf Futtergeld, das Recht des Steuerpächters auf die dem Staat geschuldete Abgabe), oder es waren Fälle privatrechtlicher Schuldverbindlichkeit, welche wir für die alte Zeit als von Rechts wegen unverbindlich bezeichnen dürfen: so die Kaufgeldschuld aus dem formlosen Kaufvertrag (falls ein Opfertier verkauft war) und die Mietgeldschuld aus dem formlosen Mietvertrag (falls ein Zugtier vermietet war, um das Mietgeld für ein Opferlamm an den Jupiter, den Schutzgott der Ernte, zu verwenden).

In all diesen Fällen war von Rechts wegen keine actio gegeben. Auch die legis actio sacramento war unzuständig, weil das Sakrament im Schuldprozefs auf ein dare oder facere oportere, auf das Bestehen einer nach Zivilrecht vollkräftigen Schuldverbindlichkeit zu richten war. Aber durch den Umweg der pignoris capio gelangte der Anspruch entweder zur strafweisen Vollstreckung (falls der Gegner sich die pignoris capio gefallen liefs) oder zur actio (falls der Gegner Widerspruch erhob).

Das Recht der pignoris capio hatte instar actionis: die Ver-

---

[12] Vgl. Gaj. IV § 32; v. Jhering, Geist, Bd. 1, S. 159 ff.; Karlowa, Legisactionen, S. 201 ff., Mommsen, Röm. Staatsr. (3. Aufl.), Bd. 1, S. 177 Anm. 1; Wlassak, Prozefsgesetze, Bd. 1, S. 251 ff.

leihung des Pfändungsrechts kam der Verleihung eines Klagerechts gleich.

VI. Rückblick. Ziehen wir die Summe des vorigen, so ergibt sich: das Privatrecht führt den Rechtsschutz nicht ohne weiteres mit sich. Nur gewisse Ansprüche sind dahin bevorrechtet, dafs sie unmittelbar mit der gesetzlichen Anwartschaft auf obrigkeitlichen Beistand (legis actio) ausgerüstet sind: der in bestimmter Weise tatsächlich begründete Anspruch (judicis postulatio), der abstrakte Anspruch auf ein certum (condictio), der vollstreckbare Anspruch (manus injectio, pignoris capio). Im übrigen mufs der privatrechtliche Anspruch in die Form des Wettanspruchs (sacramentum) gebracht werden, damit das Tor des Rechtswegs ihm sich öffne. Darum ist die legis actio sacramento die allgemeine, zugleich für die nicht bevorrechteten Fälle die einzige Klagform; die übrigen Legisaktionen sind auf die bevorrechteten Ansprüche beschränkt, für welche sie durch Volksgesetz (lex) oder gesetzesgleiches Herkommen bestimmt sind.

Diese besonderen Legisaktionen sind sämtlich Formen für die Geltendmachung von Forderungsrechten (d. h. für die sogenannte persönliche Klage, vgl. unten § 52). Sie dienen, dem Gläubiger zu seinem Recht zu helfen. Auch durch legis actio sacramento kann der Gläubiger vorgehen, nicht blofs bei Ansprüchen auf ein certum, sondern ebenso bei Ansprüchen auf ein incertum (z. B. pro fure damnum decidere oportere), falls das Dasein eines solchen Anspruchs bestritten war, falls also die eigentümliche Form der Prozefswette (welche einander ausschliefsende Behauptungen fordert) tatsächlich Anwendung finden konnte. Dagegen war für alle Ansprüche aus Gewaltverhältnissen (sogenannte dingliche Ansprüche), mochte es sich um Gewalt über Sachen (Eigentum, Erbrecht, Servitut) oder um Gewalt über Personen (eheherrliche, väterliche, vormundschaftliche Gewalt) handeln, die legis actio sacramento die einzige Prozefsform. Unter Ergreifung des Streitobjekts hatten beide Teile in jure (vor dem Magistrat) ihr Recht sacramento zu beteuern (vindicatio und contravindicatio)[13]. Damit

---

[13] Mit dem Ergreifen der Sache (vgl. den „Anefang" bei der deutschen Fahrnisklage) verbindet sich die feierliche Eigentumsbehauptung und das

war die litis contestatio und die Grundlage des judicium gegeben. Für die Dauer des judicium regulierte der Prätor nach freiem Ermessen den Besitz (vindicias dare)[14].

Also: nur eine einzige Form für die Eigentumsklage, überhaupt für die dingliche Klage, aber eine Fülle von Formen für die Schuldklage. Von vornherein liegt die eigentümliche Zeugungskraft auch des römischen Prozefsrechts auf dem Gebiete des Obligationenrechts.

Gaj. Inst. IV § 11: Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges

festucam imponere. Der Stab ist das Symbol der Gewalt. Der Vindikant mufs also als Besitzer auftreten. Er mufs selber dafür sorgen, dafs die bewegliche Sache zur Gerichtsstelle sei. Er mufs sie nötigenfalls sich zu diesem Zweck durch Gewalt verschaffen (die alte Zeit kannte noch keinen Besitzesschutz). Er bringt die bewegliche Sache vor Gericht (das Grundstück wird durch ein Symbol vertreten), um seinen Besitz durch die Eigentumsbehauptung (unter Wiederholung der Besitzergreifung, welche die eigentliche vindicatio darstellt) zu rechtfertigen. Der Gegner erwidert mit der gleichen Rechtsbehauptung und Gewaltübung (contravindicatio). Also ein Kampf, beiderseitiges Ergreifen der Sache. Die Obrigkeit schreitet ein mit dem Friedensgebot: mittite ambo hominem (den vindizierten Sklaven)! Jetzt wird die sakramentale Prozefswette abgeschlossen: darüber wer zu Unrecht Gewalt geübt hat. Beide Teile müssen den Streitgegenstand fahren lassen. Der Magistrat hat jetzt allein Gewalt über ihn und kann daher in der Zuteilung des Besitzes (vindicias dare) frei verfügen, und der judex wird entscheiden, wessen Gewaltübung rechtmäfsig war, Gajus IV § 16. Die vindicatio sacramento erscheint noch nicht als reine Eigentumsklage (in rem actio), sondern als Klage um unrechtmäfsige Gewalt: gerade wie die deutsch-mittelalterliche Klage um Gut (mag sie Klage um Fahrnis oder um Liegenschaft sein). Vgl. Pflüger a. a. O. (oben Anm. 4 a. E.). Rabel, Haftung des Verkäufers, Bd. 1 (1902) S. 50. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 87. 88.

[14] Für die vindicatio durch legis actio sacramento war es gleichgiltig, wer vor dem Prozefs besafs (nötig war nur, dafs die Sache in jure anwesend war). Gegenstand des Rechtsstreits war das Eigentum. Die spätere (zivilisierte) petitorische Vindikation des nichtbesitzenden Vindikanten gegen den Besitzer als solchen ist erst nach dem Aufkommen des Besitzesschutzes ausgebildet. Bechmann, Studie im Gebiete der legis actio sacramento in rem, 1888.

observabantur: unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

§ 49.
Der Formularprozefs.

Das Wesen des soeben geschilderten Legisaktionenprozesses gipfelt in der am Schlufs des Verfahrens in jure erfolgenden Formulierung des Rechtsstreits (litis contestatio) durch rechtsförmliche Parteihandlung. Die an den Gesetzesbuchstaben gebundene und mit der Kraft des Gesetzesbuchstabens wirkende Spruchformel der Partei gibt die Grundlage für das judicium.

Die rechtsförmliche Prozefshandlung kann nicht wiederholt werden[1]. Daraus folgt mit Rechtsnotwendigkeit (ipso jure), dafs die rechtsförmliche litis contestatio des Legisaktionenprozesses den Untergang des Klagerechts herbeiführt. Die litis contestatio kann nur einmal vollzogen werden. Die litis contestatio konsumiert das Klagerecht.

Es folgt aber ferner: Ist in der Formel ein Versehen gemacht worden, so kann sie nicht noch einmal besser gesprochen werden. Die fehlerhafte Formel bewirkt den Verlust des Prozesses. Die Spruchformel kann nicht wiederholt noch gebessert werden[2]. Der Gebrauch der Spruchformel ist, weil ein Akt der prozessualischen Konsumtion, zugleich ein Akt mit prozessualischer Gefahr.

Und doch war gewifs, dafs die Spruchformel bald ihrem Zweck, den Streit für die Entscheidung durch den judex zu formulieren, nicht mehr genügen konnte. Die Spruchformeln waren unveränderlich, weil der Wortlaut des Gesetzes sich nicht veränderte, dem sie entsprangen. Dennoch war das Recht veränderlich, welches auf grund des Gesetzeswortlauts sich ent-

[1] Gerade so im altdeutschen Prozefs, wo der Rechtssatz gilt: „ein Mann ein Wort", d. h. der Mann hat nur ein Wort; das gesprochene Wort kann nicht zurückgenommen noch wiederholt noch verbessert werden.

[2] Gaj. Inst. IV § 108: Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec omnino ita ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. Vgl. IV § 11, oben S. 280.

wickelte. Der Gesetzesbuchstabe ward in der Praxis oft genug weitherzig ausgelegt. Auf grund eines Paragraphen der zwölf Tafeln, welcher de arboribus succisis handelte, ward von der Praxis späterhin eine Klage de vitibus succisis zugelassen. Aber der Wortlaut der zwölf Tafeln und darum auch der Spruchformel blieb derselbe. In der litis contestatio mufste de arboribus succisis geredet werden, obgleich die Klage de vitibus succisis gemeint war[8]. Wie sollte aber der judex durch solche litis contestatio erfahren, was in Wirklichkeit gemeint war? Solche litis contestatio mufste zu einer blofsen Maske werden, welche den verschiedenartigsten Rechtsfällen aufgesetzt werden konnte. Die Formulierung des Rechtsstreits durch die litis contestatio wurde häufig genug zu einem blofsen Schein der Formulierung. Der judex war, um hinter der Maske den wirklich ihm vorliegenden Rechtsstreit zu erkennen, auf andere Hilfsmittel angewiesen.

Es kam noch eins hinzu. Der Legisaktionenprozefs war auf eine bestimmte Anzahl von „legalen" Ansprüchen zugeschnitten und beschränkt. Nur mit Mühe konnte (wie das Beispiel der arbores und vites zeigt) ein neues Recht in die alte Schablone gezwängt werden. Es kam aber, mindestens schon seit Beginn des dritten Jahrhunderts v. Chr. (vgl. oben § 13. 15), mächtig und mächtiger das jus gentium, eine Reihe von neuen Ansprüchen mit sich führend (man denke an die bonae fidei negotia, die Ansprüche aus formlosem Kauf, Miete usf.), welche, durch kein römisches Volksgesetz erzeugt noch anerkannt, des legalen Passierscheines entbehrten, vor dem allein das Tor der legis actio sich öffnete. Ein neues Recht war im Anzuge. Das Kleid der legis actio ward zu eng. Der neue Most mufste in neue Schläuche gegossen werden.

In demselben Augenblick, in welchem die Klagform der legis actio hinter dem materiellen Recht zurückblieb, war der römische Zivilprozefs (Legisaktionenprozefs) reformbedürftig geworden.

Es ist charakteristisch für die römische Rechtsentwickelung, dafs nicht im Wege der Volksgesetzgebung geholfen wurde. Das schwer bewegliche Gesetz sollte erst eingreifen, wenn Ziel und

---

[8] Vgl. oben S. 273 Anm. 5.

Wege der Änderung klar vorlagen. Zunächst mochte die Rechtsprechung sich selber helfen. Der Prätor war zum Reformator des römischen Rechts berufen.

Ja, der Prätor hatte die reformatorische Idee bereits gefunden[4].

Die legis actio war die Form des Prozesses nach jus civile (Bürgerrecht, Volksrecht). Aber nur römische Bürger untereinander konnten nach Bürgerrecht verfahren. Sobald ein Nichtbürger (Peregrine) als Prozeſspartei beteiligt war, konnte weder „bürgerliches Recht" (Zivilrecht), noch „bürgerlicher Prozeſs" (Zivilprozeſs) Anwendung finden, denn der Peregrine war vom jus civile ausgeschlossen. Für den Peregrinen gab es keine legis actio. Dennoch entwickelte sich ein Prozeſsverfahren, in welchem Peregrinen als Parteien aufzutreten fähig waren. Im Jahr 242 v. Chr. ward bereits ein eigener Fremdenprätor für die Fremdenprozesse eingesetzt (S. 75). Der Fremdenprozeſs konnte nur als Prozeſs nach jus honorarium zur Ausbildung gebracht werden. Als Prozeſs nach Amtsrecht, frei gestaltet durch das imperium der Gerichtsobrigkeit, trat er dem Bürgerprozeſs, dem Prozeſs nach Volksrecht, gegenüber. Doch verstand es sich von selber, daſs der Fremdenprozeſs nach Vorbild des Bürgerprozesses gestaltet wurde.

Der Prätor (seit 242 v. Chr. der Fremdenprätor) pflegte auch im Fremdenprozeſs nicht selbst zu urteilen, obgleich er es kraft seiner hier frei waltenden Amtsgewalt gekonnt hätte. Auch im Fremdenprozeſs setzte er regelmäſsig, wie im Bürgerprozeſs, ein Schiedsgericht nieder, und zwar grundsätzlich ein aus mehreren Privatpersonen (recuperatores) gebildetes Schwurgericht (vgl. oben

---

[4] Die im Text folgende Darstellung ruht auf den von Wlassak, insbesondere in seinem Werk über Römische Prozeſsgesetze (dazu in Grünhuts Zeitschr. f. öff. u. Privatr. Bd. 19 S. 729 ff., in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 19 S. 276 Anm. 2, Bd. 25 S. 131 Anm. 3) gewonnenen Ergebnissen. Den Gedanken, daſs der Formularprozeſs aus dem Fremdenprozeſs stamme, hat zuerst Huschke geäuſsert. Durch Wlassak haben unsere Anschauungen über diesen wichtigen Vorgang quellenmäſsige Grundlage und zugleich vielfältige Berichtigung erfahren. Bedeutsame neue Forschungen in der gleichen Richtung haben namentlich gebracht J. Partsch, Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse (1905). Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 42 ff. (vgl. oben S. 86 ff.).

S. 267 Anm. 5). Das Fremdenrecht des erstarkenden römischen Staates ist liberal[5]. Dem Fremden soll trotz der formell unbeschränkten römischen Amtsgewalt sein Recht werden, so dafs er selber es als Recht anzuerkennen genötigt ist. Daher im Fremdenprozefs die Mehrzahl der Schiedsrichter: jede Partei sollte mindestens durch einen Mann ihres Vertrauens vertreten sein[6]. Daher der Grundsatz, dafs auch im Fremdenprozefs die Rechtskraft des schwurgerichtlichen Urteils nicht blofs auf magistratischer Amtsgewalt, sondern zugleich auf der vertragsmäfsigen Selbstunterwerfung der Parteien unter das bestellte Schwurgericht beruhen müsse.

Ward auch im Fremdenprozefs ein Schiedsgericht von geschworenen Privatpersonen eingesetzt, so verstand es sich von selbst, dafs auch im Fremdenprozefs eine Streitformulierung (litis contestatio) als Grundlage der vertragsmäfsigen schiedsgerichtlichen Entscheidung notwendig war. Auch hier trat die Obrigkeit als Helferin der Parteien ein. Der Prätor hatte das Schiedsgericht zu autorisieren: er bestätigte die von den Parteien erwählten Rekuperatoren und ermächtigte sie dadurch zu einem staatlich gültigen Urteilsspruch (Ernennungsdekret). In dem Ernennungsdekret mufste die Aufgabe der eingesetzten Schwurrichter bezeichnet werden. Auf die lex zu verweisen, war unmöglich. Der Prätor beschrieb im Ernennungsdekret den Streitfall und befahl kraft seines imperium, unter gewissen Bedingungen zu kondemnieren, unter anderen Bedingungen zu absolvieren. Das vom Prätor ausgehende, schriftlich ausgefertigte[7] Ernennungsdekret (formula genannt, weil es die Streitsache auf einen kurzen normgebenden Ausdruck brachte[8]) übernahm die Aufgabe der Streitformulierung. Aber nicht kraft einseitiger Übung der Befehlsgewalt. Die formula mufste von den Parteien rechtsförmlich angenommen werden.

---

[5] Vgl. Mommsen, Abrifs des röm. Staatsrechts, in Bindings Handbuch (1893), S. 62. 63.

[6] Aufserdem ein Obmann. Daher gewöhnlich 3 oder 5 recuperatores.

[7] Gegen die Notwendigkeit der Schriftform insbesondere S. Schlofsmann, Litiscontestatio, 1905. Ders. Praescriptiones und praescripta verba, 1907. Vgl. H. Krüger in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. B. 26 S. 541 ff.

[8] Vgl. H. Krüger a. a. O. S. 548.

Durch Geben und Nehmen der formula (der Kläger gab sie dem Beklagten) ward unter Autorität der Obrigkeit der Vertrag geschlossen, welcher die Parteien für die formulierte Streitfrage dem ernannten Schwurgericht unterwarf (vgl. oben S. 266 Anm. 3). Damit war auch im Fremdenprozeſs judicium inchoatum, ein autorisiertes Schiedsgerichtsverfahren (ordentliches Verfahren nach Art des Bürgerprozesses) in Gang gebracht worden, zwar ohne actio im Sinn des Bürgerrechts und ohne volksgesetzliche Grundlage, aber auch hier auf Grund eines Schiedsvertrags der Parteien, mit welchem das obrigkeitliche imperium sich verbündet hatte.

So war im Fremdenverfahren der Formularprozeſs aufgekommen, als ein von der Obrigkeit angeordnetes Schiedsgerichtsverfahren nach Amtsrecht (judicium imperio continens) dem Legisaktionenprozeſs des jus civile gegenübertretend. Der Unterschied beider Prozeſsarten bestand lediglich in der Art der Streitformulierung (litis contestatio), d. h. in der Art, wie die Parteien den autorisierten Schiedsvertrag abschlossen. Im Legisaktionenprozeſs, dem bürgerrechtlichen Verfahren, ging die Streitformulierung durch das Mittel einer volksgesetzlichen Spruchformel (auf eine gewisse Zahl von Rechtssachen schwerbeweglich zugeschnitten), im Formularprozeſs ging sie durch das Mittel einer dem vorliegenden Fall angepaſsten (des verschiedensten Inhalts fähigen) Schriftformel vor sich. Man sieht von vornherein, welche Form die Verheiſsung der Zukunft für sich hatte.

Wie Prozeſs nach Amtsrecht, so war der Formularprozeſs zugleich Prozeſs nach Fremdenrecht (jus gentium). Genau die Gegensätze, welche die Geschichte des römischen Privatrechts beherrschen, spiegeln sich in der Geschichte des Prozesses wieder. Und gerade hier sind wir imstande, in den Entwickelungsgang, welcher das römische jus gentium erzeugte, einen tieferen Blick zu tun. War der Formularprozeſs etwa dem griechischen oder gar dem phönikischen Recht entlehnt worden? Nein, er bedeutete ein Wunderwerk römischer Technik, eine ureigne freie Schöpfung des römischen Magistrats. Die maſsgebenden Anregungen, welche die Gestalt des Formularprozesses bestimmten, lagen nicht etwa in irgendeinem fremden Recht, sondern in dem römischen Zivilrecht selber. Eine Wiederspiegelung des

Bürgerprozesses (Scheidung von jus und judicium) war der Fremdenprozefs. Das römische jus gentium ist ein Abkömmling des jus civile, durch innere Entwickelung unter der starken Hand römischer Gerichtsobrigkeit und unter den mächtig wirkenden Anforderungen des Weltverkehrs aus dem Bürgerrecht selbst geboren[9]. Zuerst sehen wir das jus gentium regelmäfsig (und so auch hier) in der Form des jus honorarium (als nur von Befehls wegen und nur unter Fremden geltendes Recht) zur Ausbildung gelangen. Aber unwiderstehlich folgt der Einzug des jus gentium in das jus civile, des honorarischen Fremdenrechts in das von Rechts wegen geltende Bürgerrecht, gerade deshalb so unwiderstehlich, weil das römische Fremdenrecht (jus gentium) lediglich verjüngtes Bürgerrecht, Zukunfts-Zivilrecht bedeutete. Als jus honorarium geboren, ging das jus gentium, wenn es seine Probe bestanden hatte (Versuchsgebiet war der Fremdenverkehr), das Zeichen der Mannbarkeit empfangend, in das Zivilrecht über.

So mufste es auch hier geschehen. Aus dem Fremdenprozefs (Formularprozefs) mufste Zivilprozefs werden.

Wir haben schon gehört, dafs der römische Zivilprozefs reformbedürftig geworden war. Er strebte heraus aus der Enge des Legisaktionenprozesses. Die formula, an keinen Gesetzesbuchstaben gebunden, jedem schutzwürdigen Rechtsanspruch freie Bahn gewährend, war schon da. Wie war es anders möglich, als dafs von der formula, deren Macht und Wert man im

---

[9] Vgl. Degenkolb, Rechtseinheit und Rechtsnationalität im altrömischen Reich (Rektoratsrede 1884), S. 15. 16: „In der römischen Gerichtsverfassung und mehr noch in der alt angestammten Disziplinierung der römischen Rechtskunde lag von Haus aus die Kraft der Rechtsumbildung von Innen heraus. Auf sie gründen wir die Entwickelung der römischen Eigentumsordnung, des römischen Kontraktssystems, auf sie auch die Entwickelung des römischen Erbfolgerechts. — — Vor allem aber, möge ein Mehreres oder ein Geringeres von hellenischem Rechtsstoff in das römische Recht aufgenommen sein, unter römischen Händen erfährt es, was wir Juristen als Spezifikation bezeichnen: in neuer Form tritt es uns als neues Recht entgegen. Schiffsdarlehen, Recht des Schiffswurfs und Hypothek mögen materiell griechischen Rechtsstoffes sein; aber eingegliedert und diszipliniert in dem System der römischen Aktionen nehmen sie teil an dem spezifischen Römertum der actio“.

Fremdenprozefs bereits kennen gelernt hatte, auch im Bürgerprozefs Gebrauch gemacht wurde! Und so geschah es. Es ist ein Irrtum, zu glauben, dafs der Prätor für die Rechtsschutzgewährung unter Bürgern schlechtweg an den Legisaktionenprozefs gebunden gewesen wäre. Reicht doch der aufserordentliche Schutz rechtlicher Interessen durch verwaltungsrechtlichen Befehl des Prätors (Interdiktenverfahren, unten § 56) weit in die Zeit des Legisaktionenprozesses zurück. Soweit kein Volksgesetz die Macht des Prätors band, war ihm freie Bahn für die Entfaltung seiner souveränen Jurisdiktionsgewalt auch unter römischen Bürgern gegeben[9a]. Nichts hinderte ihn, auch für die Bürgerschaft die neue Art des ordentlichen, d. h. des schiedsgerichtlichen Verfahrens in Gebrauch zu setzen. So gestattete der Stadtprätor (prätor urbanus) kraft seiner Amtsgewalt (imperium), juris civilis corrigendi gratia, dafs auch im Bürgerprozefs die Streitformulierung zwecks schiedsgerichtlichen Verfahrens (judicium), anstatt durch legis actio, durch formula vor sich ging.

Gewifs, es war nur ein amtsrechtliches, mit der Amtsgewalt des anordnenden Prätors erlöschendes[10] judicium imperio continens, welches durch solches mit formula eröffnetes Schiedsverfahren unter Bürgern wie unter Fremden zustande kam. Aber es war ein Verfahren, welches das Rechtsleben gebieterisch forderte, da den stetig mehr in den Vordergrund tretenden formlosen Geschäften des täglichen Verkehrs (Kauf, Miete usw.) nur auf die neue Weise der Rechtsschutz geschaffen werden konnte, den der Legisaktionenprozefs versagte. Es bestand darum die innere Notwendigkeit, das amtsrechtliche Verfahren mit formula für den Prozefs unter Bürgern zu zivilrechtlichem Prozefs zu machen. Dazu bedurfte es des Eingreifens der Volksgesetzgebung.

Das Volksgesetz, welches hier vorging, war die lex Aebutia

[9a] Mitteis a. a. O. S. 48. 49.

[10] Wie das Edikt, so verloren auch alle Einzelverfügungen (decreta) des Prätors, soweit sie nicht auf dem Zivilrecht ruhten, mit der Amtsgewalt des verfügenden Prätors ihre Geltung; es bedurfte einer neuen Verfügung des neuen Prätors. Diese Schwäche der honorarischen Dekrete und des honorarischen Prozefses betont mit Recht Hruza, Zum röm. Amtsrechte (1907), S. 10 ff.

(etwa 130 v. Chr.)[11]. Es folgte dann später die lex Julia judiciorum privatorum (wahrscheinlich erst von Augustus). Die lex Aebutia beschränkte sich auf das Prozeſsverfahren vor dem praetor urbanus, also auf das Prozeſsverfahren, in welchem die legis actio ihren Sitz hatte. Das Gesetz verordnete, daſs im Stadtgericht (dem Gericht des praetor urbanus), also unter römischen Bürgern, auch ohne legis actio, lediglich durch formula, gültig agiert werden könne, daſs die litis contestatio durch formula einen gesetzlich gültigen Prozeſsvertrag und demgemäſs das so erlangte Schwurgerichtsurteil ein gesetzlich (zivilrechtlich) gültiges Urteil bedeute. Damit war die groſse Streitfrage entschieden. Das Formularverfahren war (im Stadtgericht) für einen zivilrechtlichen modus agendi erklärt worden. Die formula war der legis actio als zivilrechtlich ebenbürtig an die Seite gestellt. Das im Stadtgericht lediglich durch formula in Gang gesetzte Verfahren war, wenn nur sonst die altherkömmlichen Voraussetzungen eines bürgerlichen Schwurgerichtsverfahrens vorlagen[12], zum judicium legitimum geworden. Judicium imperio continens (judicium quod imperio continetur) war der Formularprozeſs als solcher seitdem nur noch im Fremdengericht und auſserhalb Roms. Hier blieb das Verfahren unberührt. Hier bedurfte das obrigkeitliche imperium keiner Unterstützung durch die Volksgesetzgebung, da es in diesen Gerichten unbestrittene Anerkennung fand. Aber im stadtrömischen Gericht des praetor urbanus war die Burg des Zivilrechts und des zivilen, eigentümlich stadtrömischen Prozesses (legis actio). Um diese Burg zu brechen, reichte die Macht des praetor urbanus tatsächlich nicht aus. Hier muſste das Volksgesetz ihm zu Hilfe kommen. Die legis actio, Erzeugnis und Herrschaftsmittel der pontifikalen Jurisprudenz, ward ent-

[11] Das Alter der lex Aebutia ist ungewiſs. Doch kann das Gesetz mit ziemlicher Sicherheit der Zeit nach 150 v. Chr. zugewiesen werden. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1. S. 52 Anm. 30.

[12] Nämlich: Niedersetzung des Schiedsgerichts innerhalb der römischen Bannmeile; römisches Bürgerrecht der Parteien und des Geschworenen; unus judex. Im Fremdenprozeſs galt altherkömmlich Mehrheit der Geschworenen (recuperatores); der Bürgerprozeſs unterschied sich dadurch, daſs hier von alters her grundsätzlich nur ein Geschworener gegeben wurde.

wertet, indem die formula gleichfalls (im Stadtgericht) mit legalem Charakter bekleidet wurde. Auch in Prozefssachen nach jus civile war jetzt von Rechts wegen Formularverfahren möglich: der Formularprozefs war Zivilprozefs geworden. Abgeschafft ward der Legisaktionenprozefs noch nicht. Die Parteien mochten wählen, ob sie nach alter Art mit legis actio oder nach neuer Art mit formula verfahren wollten. Aber der formula war freie Bahn gegeben. Sie mochte jetzt die Kräfte entfalten, welche ihr eingeboren waren. Und es war von vornherein kein Zweifel, welche Prozefsart den Vorrang gewinnen würde. Die legis actio war die mit Prozefsgefahr verbundene, formstrenge, schwer bewegliche, die formula die bewegliche, unendlicher Entwickelung fähige, allen Ansprüchen entgegenkommende, von dem alten Formalismus befreite Art der Streitformulierung. Die legis actio war infolge ihrer Fesselung an die verba legis genötigt, oft geradezu unwahr und damit inhaltslos zu werden. Dagegen war die Streitformulierung in der formula frei: sie gab den wirklichen Rechtsstreit wieder, nicht blofs die Schablone, hinter welcher er sich verbarg! Wind und Sonnenschein waren zugunsten der formula. Was Wunder, dafs die einmütige Bewegung der Praxis in weitaus den meisten Fällen den Formularprozefs an die Stelle des Legisaktionenprozesses setzte! Den Abschlufs führte jene lex Julia herbei, gleichfalls, wie die lex Aebutia, auf das Verfahren im Stadtgericht bezüglich: die Geschworenenernennung sollte fortan nur vermöge formula, nicht mehr auf grund voraufgegangener legis actio erfolgen[18]. Die legis actio ward damit (von den gleich zu nennenden Ausnahmen abgesehen) beseitigt. Der Formularprozefs war jetzt der ordentliche römische Zivilprozefs geworden. Das Ziel des Verfahrens in jure ward jetzt endgültig ein anderes als bisher. An die Stelle der alten litis contestatio trat der Prozefsvertrag durch formula als Abschlufs und Haupthandlung des Verfahrens in jure: diese Frage, welche die formula enthielt, war es nunmehr, welche vom judex im judicium entschieden werden mufste.

[18] Eine zweite lex Julia (Gaj. IV, 30: duas Julias) bezog sich wahrscheinlich auf das Verfahren in den römischen Landstädten (Munizipien), um dort gleichfalls die legis actio durch die Schriftformel zu ersetzen, Wlassak, Prozefsgesetze, Bd. 1, S. 191 ff.; Bd. 2, S. 221 ff.

So werden wir uns die „Einführung“ des Formularprozesses durch die genannten Volksgesetze vorstellen dürfen. Wie wir sehen, keine plötzliche Reform und Umwälzung, sondern lediglich eine Vollendung dessen, was sich allmählich vorbereitet hatte. Die Schriftformel ward nicht erst eingeführt; sie siegte vielmehr lediglich über die Spruchformel, welche bis dahin neben ihr gestanden hatte, und sie siegte kraft der inneren Logik der fortschreitenden Rechtsentwickelung.

Diese Art der Ausbildung des Formularprozesses, welche im vorigen anschaulich zu machen versucht worden ist, wird durch zwei Tatsachen des weiteren erwiesen und zugleich verdeutlicht.

Einmal durch die Tatsache, dafs, wenn der Prozefs in judicio durch die Geschworenen des sogenannten Zentumviralgerichtshofs zu entscheiden war, keine Schriftformel gegeben wurde, sondern unausgesetzt die ganze klassische Kaiserzeit hindurch (mindestens bis auf Diokletian) nach wie vor in den Formen des alten Legisaktionenprozesses (Sakramentsprozesses) verfahren werden mufste. Erbschaftsprozesse (dies ist jedenfalls später die vornehmste Zuständigkeit des Zentumviralgerichts) blieben also bei der alt überlieferten Form der legis actio sacramento. Weshalb? Lediglich deshalb, weil das Zentumviralgericht ein ständiges Kollegium von Geschworenen war, welches für den Einzelfall nicht erst durch schriftlichen Erlafs des Prätors gebildet zu werden brauchte. Hier war keine Einsetzung des judicium möglich, weil das zuständige judicium (die Hundertmänner) schon da war. Hier ward das judicium nicht durch Ernennungsdekret gebildet, und konnte daher der Prätor den Hundertmännern nichts anbefehlen über die Bedingungen der Kondemnation oder Absolution, konnte auch kein Prozefsvertrag der Parteien nach Mafsgabe und durch das Mittel des Ernennungsdekrets geschlossen werden. Weil das Ernennungsdekret des Prätors fehlte, deshalb ist hier die formula nicht neben der legis actio aufgekommen, und deshalb ist es hier bei der alten litis contestatio verblieben, und deshalb in Sachen des Zentumviralgerichts kein Formularprozefs an Stelle der legis actio (sacramento) getreten. Es fehlte hier der altvolksrechtlichen litis contestatio an dem Nebenbuhler, welcher ihr in den Fällen der judicia privata (wo ein Privatmann für diesen

Fall erst zum judex zu berufen war) an dem Ernennungsdekret des Prätors erwachsen war[14].

Die zweite Tatsache bezieht sich auf die sogenannte freiwillige Gerichtsbarkeit, d. h. auf diejenige Art gerichtlichen Verfahrens, welche nicht dem Kampf ums Recht, sondern der Begründung von Rechten dient. Hierher gehört die in jure cessio, d. h. die Rechtsübertragung durch das Mittel der confessio in jure (oben S. 63 ff.). Weil hier auf die Rechtsbehauptung des Scheinklägers (Erwerbers) sofort in jure vor dem Magistrat das Rechtszugeständnis des Scheinbeklagten (Veräufserers) folgt, kommt es natürlich zu keiner Einsetzung eines judicium, weil ja überhaupt kein Rechtsstreit da ist. Deshalb aber kommt es ebenso natürlich auch zu keiner formula, da ja kein judex zu ernennen ist. Die Folge ist, dafs die in jure cessio, solange sie überhaupt in Gebrauch war, also durch die ganze klassische Zeit hindurch und darüber hinaus, die Formen des Legisaktionenprozesses (und zwar wiederum der legis actio sacramento) beibehielt.

Beide Tatsachen bedeuten eine einzige: wo kein judicium für den Einzelfall durch Ernennungsdekret bestellt wird, da keine formula und kein Formularprozefs, sondern nach wie vor der alte Legisaktionenprozefs[15].

---

[14] Das Dezemviralgericht ward durch Augustus aufgelöst; sonst würde sicher, wie schon Mommsen, Staatsrecht, Bd. 2 (3. Aufl.), S. 608 Anm. 1, treffend bemerkt hat, auch in den vor das Dezemviralgericht gehörigen Sachen (Freiheitsprozessen) der alte Sakramentsprozefs sich behauptet haben. Selbstverständlich ward für das Dezemviralgericht so wenig eine formula (Ernennungsdekret) gegeben wie für das Zentumviralgericht.

[15] Auch im Fall des damnum infectum (vom Nachbargrundstück, z. B. dem baufälligen Hause des Nachbarn, droht ein Schaden) war nach Gajus IV § 31 noch später das lege agere möglich. Hier trat nach prätorischem Recht kein Formularprozefs, sondern ein Verfahren extra ordinem ein, welches mit den Mitteln der prätorischen Amtsgewalt dem Bedrohten Sicherstellung durch stipulatio (Schadensersatzversprechen) verschaffte. Also auch hier blieb die legis actio bei Bestand, weil nach prätorischem Recht in diesen Fällen kein judex bestellt und deshalb keine formula gegeben wurde. In Fällen der alten pignoris capio gab der Prätor eine formula unter der Fiktion geschehener pignoris capio (Gaj. IV § 32), d. h. indem er den judex anwies, so zu urteilen, als ob die pignoris capio vollzogen worden wäre, und ward damit die legis actio beseitigt. Nur da, wo kein Ernennungsdekret (formula), erhält sich das Legisaktionenverfahren.

Die lex Aebutia und die leges Juliae haben **nicht** für alle Fälle den Legisaktionenprozefs abgeschafft und den Formularprozefs als einzigen Prozefs eingeführt. Sie haben vielmehr nur in den (allerdings weitaus die Mehrzahl bildenden) Fällen, wo tatsächlich bereits der Formularprozefs bestand — d. h. wo tatsächlich bereits anstatt der alten Spruchformel die Schriftformel das Mittel für den Prozefsvertrag der Parteien und die Grundlage für die sententia des judex bildete —, diesen Formularprozefs bestätigt und die danebenstehenden fossilen Reste des Legisaktionenprozesses beiseite geschoben. Wo aber kein Formularprozefs war, in den Fällen der Zentumviralgerichtszuständigkeit und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sowie des damnum infectum (vgl. Anm. 15), haben sie keinen Formularprozefs eingeführt.

So blieb also in den Sachen des Zentumviralgerichts der alte Sakramentsprozefs, in den Sachen der judicia privata aber (d. h. wenn für den Einzelfall ernannte Privatpersonen als geschworene Schiedsrichter tätig waren) herrschte nunmehr Formularprozefs. Damit war lediglich gesagt, dafs der judex für seine sententia die mafsgebende Fragestellung in dem obrigkeitlichen, von den Parteien vertragsmäfsig angenommenen Ernennungsdekret, in der Mitteilung zu suchen hatte, welche die Schriftformel des Prätors ihm über den zu entscheidenden Rechtsfall zukommen liefs. Sonst blieb alles beim alten. Es blieb die alte Scheidung von jus und judicium, es blieb, dafs die Obrigkeit sich auf die blofse Einleitung, Zulassung und Formulierung des Rechtsstreits beschränkte, das entscheidende Endurteil aber dem Geschworenen zufiel. Es blieb, dafs mit der obrigkeitlichen Ernennung des Geschworenen ein förmlicher Schiedsvertrag der Parteien sich verband. Es blieb alles, wie es war: nur die formale Grundlage des judicium war eine andere geworden. Der Schiedsvertrag der Parteien, welcher die Aufgabe des Geschworenen bestimmte, ward durch das Mittel der obrigkeitlich „gegebenen" Schriftformel, nicht mehr durch die volksgesetzliche Spruchformel abgeschlossen. Als man jene Änderung durch die lex Aebutia und die leges Juliae traf, mochte man glauben, sich nur von einigen unnütz gewordenen Förmlichkeiten der Vorzeit und zugleich (zur Zeit der lex

Aebutia) von der pontifikalen Herrschaft über den stadtrömischen Prozefs zu befreien. Nicht übermäfsig bedeutend mochte die Neuerung erscheinen, und schwerlich kam man zu dem Bewufstsein, etwas sonderlich Grofses getan zu haben, zumal ja von einer grundsätzlichen Reform des Zivilverfahrens, wie wir in der Behandlung der Zentumviralgerichtssachen sehen, vollständig abgesehen wurde.

Dennoch war es eine Neuerung von unermefslichen Folgen, welche nunmehr zum Abschlufs gebracht worden war.

Gaj. Inst. IV § 30. 31: Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet: itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere, damni infecti et si centumvirale judicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum praetorem; damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius jus et plenius est.

§ 50.
Die formula.

Die formula, das Ernennungsdekret des Prätors für den judex (oder die mehreren Geschworenen, recuperatores) diente jetzt als Mittel der litis contestatio, des Schiedsvertrages, welcher den Rechtsstreit zum Zweck seiner Entscheidung in judicio formulierte. Die Schriftformel der Obrigkeit trat an die Stelle der Spruchformel der Partei.

Formell war diese neue Art der litis contestatio von geringerer Rechtskraft als die alte feierliche Parteihandlung des Legisaktionenprozesses. Diese durch Schrift vermittelte, d. h. für das alte Recht formlose Handlung war an sich überhaupt keine actio im Rechtssinn des Zivilrechts, d. h. sie war keine Handlung, durch welche das auf das Gesetz gegründete Klagerecht der Partei zugleich ausgeübt und erschöpft wurde (vgl. oben S. 281). Die formula konnte ihrem Wesen nach und von

Rechts wegen (ipso jure civili) zurückgenommen, wiederholt, verbessert werden, wenn ein Dekret des Prätors es so verfügte. Sie bewirkte als blofse Schöpfung des jus honorarium für das Zivilrecht keine litis contestatio und schlofs deshalb von Rechts wegen (ipso jure) nicht aus, dafs noch einmal derselbe Anspruch klageweise vor den Prätor gebracht und zum judicium befördert wurde. Nur das judicium legitimum (S. 288) bildete infolge der lex Aebutia und der Julischen Gesetzgebung eine Ausnahme. Für den Fall des Bürgerprozesses innerhalb der Bannmeile hatte das Formularverfahren die Anerkennung des Zivilrechts gefunden. War im judicium legitimum mit actio in personam (§ 52) und mit intentio juris civilis (§ 51) geklagt worden, so trat auch hier die Konsumtion des Klagerechts und der Ausschlufs von jeder Wiederholung des Verfahrens, wie bei der alten legis actio, ipso jure ein. Sonst aber, und das war die bei weitem gröfste Mehrzahl der Fälle, bedurfte es einer ausdrücklichen exceptio rei judicatae vel in judicium deductae, d. h. einer ausdrücklichen Verfügung des Prätors für jeden Einzelfall, um zu verhindern, dafs die Sache, welche im Wege des Formularprozesses schon einmal zur Einsetzung eines judicium und vielleicht bereits zum Endurteil gebracht war, nochmals den ganzen Weg des Prozesses aufs neue durchmache[1]. Es erhellt daraus, dafs nicht das Prozefsverfahren als solches, nicht die Einsetzung eines judicium,

---

[1] Gaj. Inst. IV § 106. 107: Et si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae. Si vero legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae. Doch war die Gewährung der exceptio in den Fällen des judicium legitimum (wenn mit actio in rem oder in factum geklagt war) für den Prätor volksgesetzliche Amtspflicht (die exceptio war hier eine sogenannte zivile exceptio, vgl. unten § 53), während die Gewährung der exceptio, falls imperio continenti judicio agiert war, im Ermessen des Prätors stand, vgl. Wlassak, Cognitur, S. 67; Röm. Prozefsgesetze, Bd. 2, S. 356. H. Erman in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 19, S. 261 ff. 284 ff., Bd. 24, S. 422. 423.

noch die sententia des judex nach altem Recht dem Prozefs die konsumierende Wirkung gegeben hatte, sondern nur die feierliche Rechtshandlung, durch welche die Partei die Einsetzung eines judicium herbeiführte, die legis actio im eigentlichen Sinne des Wortes, die altsolenne litis contestatio. Und diese Rechtshandlung war im Formularprozefs hinweggefallen. Der Prozefsvertrag mittels formula war der alten litis contestatio (von der hervorgehobenen Ausnahme abgesehen) von Rechts wegen unebenbürtig.

Aber in dieser so unscheinbaren formula, diesem so kargen und knappen Schreiben des Prätors an den judex lag die ganze Zukunft nicht blofs des römischen Zivilprozefsrechts, sondern ebenso des römischen Privatrechts und damit überhaupt des römischen Rechts beschlossen.

Der alte Legisaktionenprozefs mit seiner feierlichen, an das überlieferte Wort gebundenen litis contestatio hatte, wie wir gesehen, nur über eine eng begrenzte Anzahl von Formulierungen des Rechtsstreits zu verfügen. Traf keine der überlieferten Schablonen zu, so bot das Zivilrecht den einzigen Ausweg des sogenannten Sponsionsverfahrens (agere per sponsionem): der eine versprach dem anderen durch formales Versprechen (sponsio) eine Geldsumme für den Fall, dafs die in Frage stehende tatsächliche oder rechtliche Behauptung des Gegners wahr sei. Dann konnte aus dieser sponsio mit legis actio sacramento in personam (oben S. 279) geklagt und durch das judicium über die sponsio ein judicium und eine sententia über die zugrunde liegende Tat- oder Rechtsfrage erwirkt werden. Die Sponsionssumme ward dann nicht ausgezahlt, weil solche sponsio (sogenannte sponsio praejudicialis) nicht als Mittel, zu einer Geldsumme, sondern lediglich als Mittel, zum Prozefs zu gelangen, als Prozefsorgan, dienen sollte[2].

---

[2] Anders bei der sponsio poenalis, d. h. bei der sponsio über den Ausgang eines Prozesses, wo die Auszahlung der Geldsumme Absicht war. Der sponsio poenalis des Beklagten mufste der Kläger eine repromissio entgegensetzen, d. h. eine gleich hohe Summe für den Fall des Prozefsverlustes versprechen. Die sponsio praejudicialis dagegen forderte keine repromissio des Klägers. Vgl. Gaj. Inst. IV § 13. 94. 171. — Bekker, Atkionen, Bd. 1, S. 246 ff. — In der Form des Sponsionsverfahrens konnte

Die formula des Prätors dagegen hatte keine Überlieferung, durch welche sie eingeschnürt gewesen wäre. Die formula bedeutete die Formulierung des Rechtsstreits in formfreier, ungebundener, wie die alte litis contestatio die Formulierung des Rechtsstreits in gebundener Rede. Daher konnte die formula unmittelbar jede Frage und jede Verbindung von Fragen, welche der Prätor für prozefsfähig erachtete, vermöge Prozefsvertrags der Parteien dem judex zur Entscheidung in judicio unterbreiten. Der Prätor war es, welcher mit der Formulierung des Rechtsstreits zugleich dem judex direkte Weisung über die Entscheidung des Rechtsstreits zu geben imstande war. Denn davon, wie der Prätor jetzt für den Prozefsvertrag der Parteien die Prozefsfrage formulierte, hing es nunmehr allein ab, ob der judex kondemnierte oder absolvierte.

Die formula mufste das Mittel werden und ward das Mittel, nicht blofs die Formulierung, sondern auch die Entscheidung des Rechtsstreits von dem altüberlieferten Gesetzesrecht, von der Alleinherrschaft des Zivilrechts zu befreien. Mit der formula nahmen der Prätor und sein jus honorarium Besitz von dem römischen Rechtsleben.

Die legis actio, ihre Fortentwickelung wie ihre Auslegung, war in den Händen der pontifices, nicht des Prätors. Im Legisaktionenprozefs war der judex von Weisungen des Prätors unabhängig: er hatte sich amtlich nur an die Weisung zu halten, welche in der feierlichen litis contestatio der Parteien für sein

---

auch der Eigentumsstreit geführt werden, so dafs die Vindikation im Wege des Sponsionsprozesses (formell auf Zahlung der Wettsumme wegen mangelnden gegnerischen Eigentums gerichtet) neben der Vindikation durch formula petitoria (unmittelbar auf Herausgabe des Besitzes an den Kläger gerichtet) möglich war. Aber die Vindikation per sponsionem führte nur zur Feststellung des klägerischen Eigentums, so dafs ein weiteres Verfahren zwecks Herausgabe der Sache oder ihres Wertes (etwa l. a. per arbitri postulationem, oben S. 273 Anm. 5) notwendig war, während die jüngere Vindikation durch formula petitoria zugleich der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs diente. Der Vindikation im Wege des Sponsionsprozesses scheint die vis ex conventu (deductio quae moribus fit) gedient zu haben, um den Besitzstand und damit die Parteirollen klarzustellen. Vgl. die interessanten Ausführungen von Mitteis in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 23, S. 282 ff.

judicium gegeben war, und hatte nach Mafsgabe des Zivilrechts (insbesondere nach Mafsgabe der pontifikalen interpretatio) diese so kontestierte lis zu entscheiden. Im judicium des ordentlichen Verfahrens (legis actio) herrschte durch das Mittel des judex allein das durch Gesetz und pontifikales Herkommen überlieferte Zivilrecht. Jetzt ward für das ordentliche Verfahren das Verhältnis von Prätor und judex und zugleich damit das Verhältnis von prätorischem Recht und Zivilrecht ein anderes. Das Ernenungsdekret (formula) ward auch in Sachen des Zivilrechts zur Unterweisung für den judex. Dieser hatte nunmehr auch in den Rechtsfällen des jus civile nicht mehr schlechtweg nach jus civile, sondern zunächst auf Grund der prätorischen (von den Parteien vertragsmäfsig angenommenen) formula zu entscheiden: mit den Einschränkungen, nach der Mafsgabe, wie sie in der formula zum Ausdruck gelangte. Der Geschworene (judex) ward auch auf dem Gebiete des Zivilrechts von dem Prätor abhängig. Er mufste nach Mafsgabe der prätorischen Weisung (formula) den Beklagten freisprechen, auch wenn er nach Zivilrecht ihn hätte verurteilen müssen. Er mufste in andern Fällen umgekehrt, wiederum kraft der Anweisung des Prätors, den Beklagten verurteilen, wo er ihn nach Zivilrecht hätte freisprechen müssen (vgl. § 51. 53). Aus einem Organ des Zivilrechts war der Geschworene mit einem Schlage in ein Organ zunächst des prätorischen Rechts verwandelt.

Der Prätor war durch das Mittel der formula der Herr des Schiedsvertrages der Parteien und damit der Herr des gesamten Verfahrens auch in Zivilsachen geworden, und Prozefs und Rechtsleben traten unter die Herrschaft des Edikts. Das Zivilrecht galt (von den Zentumviralsachen abgesehen) im Prozefs nur noch, soweit das prätorische Edikt ihm Raum zu lassen gesonnen war.

Hier sehen wir die ganze künftige Entwickelung des römischen Rechts vor uns. Es ist klar, dafs durch den Formularprozefs die Scheidung von jus und judicium ihre alte Schärfe unwiederbringlich verlor. Der judex ist auch für das jus civile nicht mehr der unabhängige Privatmann, welcher lediglich an das geltende Recht gebunden ist. Er ist zu einem Organ der magistratischen Gewalt, er ist schon jetzt zu einer Art von

Unterbeamten geworden. So ist durch die Ausbildung des Formularprozesses die spätere Aufhebung des Gegensatzes von jus und judicium (unten § 57) entscheidend vorbereitet worden. Zugleich aber, indem der Magistrat zur Herrschaft über den judex gelangte, ergriff er auch endgültig die Herrschaft über die Rechtsentwickelung. Mit dem Formularprozefs beginnt jene folgenreiche mächtige Entfaltung des jus honorarium, welche das jus civile umgestaltete und das klassische römische Recht hervorbrachte. Auf die Reformation des Prozesses folgte die Reformation des Rechts.

§ 51.

Intentio und actio.

Jede formula beginnt mit der Ernennung des Geschworenen (Titius judex esto) oder des Geschworenenkollegiums (Titius, Maevius et Lucius recuperatores sunto). Diese Ernennung war der Ursprung der formula. Sie ist jetzt die Einleitung zu dem eigentlichen Inhalt der formula geworden.

Die formula ist für die Regel als Kondemnationsbefehl stilisiert und hat demgemäfs regelmäfsig zwei Hauptbestandteile, die intentio und die condemnatio, nach dem Schema: wenn du (judex) von dem Bestehen dieses Rechts (dieser Tatsache) dich überzeugst (intentio), so sollst du den Beklagten verurteilen (condemnatio), sonst aber ihn freisprechen: si paret — condemna; si non paret, absolve. Die intentio ist die Bedingung der condemnatio. Sie formuliert die Prozefsfrage, d. h. die Frage, von deren Bejahung der Sieg des Klägers abhängig ist (si paret —). Nach der Natur der Prozefsfrage, und daher nach dem Inhalt der intentio, bestimmt sich die Natur der actio. Soviel Arten der intentio, soviel Arten der actio.

Entweder ist die Prozefsfrage eine Rechtsfrage, z. B. die Frage, ob der Kläger Eigentümer nach Zivilrecht, oder ob der Kläger Gläubiger nach Zivilrecht sei. Die intentio geht dann auf ein ejus esse ex jure Quiritium oder auf ein dare (facere) oportere: die actio ist eine actio in jus concepta.

Oder: die Prozefsfrage ist eine blosse Tatfrage. Es liegt kein Eigentum noch ein Forderungsrecht nach jus civile, sondern nur ein Tatbestand vor, an welchen der Prätor eine Klage

geknüpft hat: z. B. die Tatsache, dafs der eine dem andern seine Sache als Hypothek verpfändet hat (nur der Prätor, nicht das Zivilrecht gibt dem Erwerber des Hypothekenrechts die dingliche Pfandklage), oder dafs der Freigelassene seinen Patron ohne Erlaubnis des Prätors vor Gericht geladen hat (nur der Prätor gibt in solchem Falle dem Patron eine Strafklage gegen den libertus). Hier nennt die intentio keine Rechtsbefugnis, sondern lediglich ein tatsächliches Verhältnis, von dessen-Dasein oder Nichtdasein die Entscheidung des Prozesses abhängt. Eine actio mit solcher intentio ist eine actio in factum concepta[1].

Die actio in factum concepta dient dem Prätor, um neue Rechte tatsächlich zu schaffen, welche dem Zivilrecht unbekannt sind (z. B. das Hypothekenrecht, das Strafforderungsrecht des Patrons gegen den unehrerbietigen libertus).

Der Prätor hat aber noch andere Mittel, mit denen er zu dem gleichen Ziel gelangt. Er kann die intentio juris civilis (die intentio in jus concepta) beibehalten, aber umgebildet, mit Zusätzen, welche dem Zivilrecht fremd sind. Er weist den judex an, den Anspruch, welchen das Zivilrecht gibt (das ejus esse ex jure Quiritium, das dare oportere) als vorhanden anzusehen, aber unter Voraussetzungen, welche der Prätor selbständig formuliert. So kennt z. B. das römische Zivilrecht keine Zession, d. h. keine Abtretung der Forderung. Auch wenn der Gläubiger einem anderen seine Forderungen verkauft und abgetreten hat, ist doch nach Zivilrecht nicht dieser andere (der Zessionar), sondern immer nur der Gläubiger (der Zedent) klageberechtigt. Der Prätor aber gibt dem Zessionar die Klage des Gläubigers (auf dare oportere, also mit intentio in jus concepta), aber mit einer Umbildung der intentio, welche (wahrscheinlich vermöge einer Fiktion) den judex anweist, den Zessionar als Gläubiger anzusehen und demgemäfs zu entscheiden. So entsteht der Begriff der actio utilis. Actio utilis ist die Klage mit umgebildeter

[1] Auf Interpolation der Verfasser des Corpus Juris beruht der Ausdruck actio in factum civilis (l. 5 § 2 D. 19, 5), der als gleichbedeutend mit actio praescriptis verbis (gleichfalls kompilatorischen Ursprungs, unten § 79) gebraucht wird. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten, 1887, S. 122 ff.

intentio (die für neue Fälle anwendbar, „brauchbar" gemachte Klage). Sie hat zu ihrem Gegenstück die actio directa, die Klage mit ursprünglicher intentio, deren intentio der actio utilis zum Vorbild dient. So hat also in dem gewählten Beispiel der Gläubiger (der Zedent) die actio directa, der Zessionar aber eine actio utilis.

Eine besonders wichtige Form der actio utilis ist die actio ficticia, d. h. die Klage, wo die Umbildung der intentio in Einschiebung einer Fiktion besteht. Der judex soll fingieren, dafs eine Voraussetzung des Zivilrechts (von welcher die Wahrheit der intentio abhängig ist) vorhanden sei, d. h. er soll davon absehen, dafs diese Voraussetzung nicht vorhanden ist. Ein Beispiel ist die actio Publiciana in rem. Sie ist eine utilis rei vindicatio. Das heifst, sie ist eine rei vindicatio (Eigentumsklage mit der intentio: ejus esse oportere ex jure Quiritium) mit Umbildung der intentio. Wer eine Sache vom Nichteigentümer gekauft und tradiert erhalten hat, ist noch nicht Eigentümer, aber er kann Eigentümer (nach Zivilrecht) werden durch Ersitzung (unten § 64), wenn er eine bestimmte Zeit lang die in gutem Glauben erworbene Sache besessen hat. Ist die Ersitzungsfrist abgelaufen, so hat er die richtige rei vindicatio (directa rei vindicatio), er ist ja Eigentümer nach Zivilrecht. Solange die Ersitzungsfrist aber noch nicht abgelaufen ist, kann er keine rei vindicatio (nach Zivilrecht) haben: er ist ja noch nicht Eigentümer. Aber der Prätor will ihm trotzdem — und aus guten Gründen — schon vor Ablauf der Ersitzungsfrist die rei vindicatio geben (ausgenommen nur gegen den wahren Eigentümer). Wie mufs er das anfangen? Er bildet die intentio der rei vindicatio durch Einschiebung einer Fiktion um: der judex soll fingieren, dafs die Ersitzungsfrist bereits abgelaufen sei, d. h. er soll davon absehen, dafs sie noch nicht abgelaufen ist. Er gibt also dem in Ersitzung Begriffenen eine ficticia rei vindicatio, die sogenannte actio Publiciana in rem (§ 66), deren intentio lautet:

> Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, quo de agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret . . .

Also ein actio in jus concepta: die Prozefsfrage (intentio)

ist eine Rechtsfrage des Zivilrechts (ejus esse oportere ex jure Quiritium). Aber umgebildet, so umgebildet, dafs trotz des Zivilrechts der Ersitzungsbesitzer durch diese Klage im wesentlichen geradeso geschützt wird, als ob die Ersitzungsfrist (für den Sklaven nach vorjustinianischem Recht ein Jahr) bereits abgelaufen wäre. Auch der Ersitzungsbesitzer hat die rei vindicatio, aber eine utilis rei vindicatio (die actio Publiciana). Wahrscheinlich war die actio ficticia die älteste Form der actio utilis. Der Prätor schlofs sich hier noch möglichst nahe an das Zivilrecht an, wenngleich er dasselbe fortbildete.

Der Gegensatz von actio directa und actio utilis ist aber nicht blofs auf dem Gebiet der actio in jus concepta, sondern ebenso auch auf dem Gebiet der actio in factum concepta möglich, obgleich in letzterem Falle der Prätor von vornherein innerhalb seines eigenen Machtbereichs sich befindet. War für einen bestimmten Tatbestand vom Prätor eine Klage gegeben worden und stellte sich dann das Bedürfnis heraus, auch einen nächstverwandten Tatbestand mit gleicher Klage zu bedenken, so ward die für den ursprünglich bedachten Tatbestand bestimmte Klage mit einer Umbildung der (hier den Tatbestand nennenden) intentio auch für diesen weiteren Tatbestand gegeben. Jene war dann die directa, diese die utilis actio. Ein Beispiel gibt die Pfandklage. Eine dingliche Pfandklage (zugunsten des Pfandgläubigers gegen den Besitzer der Pfandsache) ward zunächst nur für den Fall gegeben, dafs der Pächter eines Landgrundstückes (praedium rusticum) seine invecta und illata (sein Inventar) dem Verpächter verpfändet hatte: der Verpächter hatte zum Schutze seines Pfandrechts die (in factum konzipierte) actio Serviana. Dann stellte sich als billig heraus, dafs nicht blos der Verpächter, sondern überhaupt jeder Pfandgläubiger durch Pfandklage geschützt werden müsse. Diese anderen Pfandgläubiger bekamen eine utilis actio Serviana (auch quasi Serviana actio genannt), d. h. sie bekamen die gleiche Pfandklage wie der Verpächter, aber natürlich mit umgebildeter intentio.

So ist die actio directa das Original, dem eine andere Klage nachgebildet ist, die actio utilis aber die Kopie.

Die actio utilis ist (ebenso wie die actio in factum) immer

eine prätorische Klage (actio honoraria), d. h. sie hat ihre Quelle in dem jus honorarium; die actio directa aber ist bald eine actio civilis, d. h. sie hat ihre Quelle im Zivilrecht, bald eine actio honoraria (so wenn einer actio in factum eine actio utilis nachgebildet wird).

Die actio utilis ist immer ein Symptom der Fortbildung des Rechts (ebenso wie die actio in factum concepta), aber bald des Zivilrechts, bald des prätorischen Rechts[a].

Beide Arten von Klagen: die actio utilis und die actio in factum concepta, bedeuten die Macht des Prätors über das Rechtsleben, zunächst über den judex. Die Unterordnung des judex unter den Prätor verpflichtet ihn, auf eine actio in factum und eine actio utilis hin zu kondemnieren, obgleich die Voraussetzungen des Zivilrechts nicht erfüllt sind.

Die Gegensätze, welche uns bisher beschäftigt haben: actio civilis und honoraria, actio in jus und in factum concepta, actio directa und utilis, sind rein formaler Art. Sie ergeben sich aus dem äufseren Verhältnis der intentio zum Zivilrecht einerseits, zum prätorischen Edikt andererseits, d. h. aus dem Verhältnis der intentio zum objektiven Recht.

Ein weit gröfseres Interesse aber bietet die intentio, sofern wir ihren materiellen Inhalt, also das subjektive Recht betrachten, welches durch das Mittel der intentio seine Verwirklichung verlangt. Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, ergibt sich aus den Arten der intentio das Aktionensystem, in welchem das Privatrechtssystem sich wiederspiegelt.

Gaj. Inst. IV § 41: Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere; item haec: quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere; item haec: si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse.

§ 45 eod.: Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum decidi oportere: in quibus juris

---

[a] Vgl. Wlassak in Paulys Realenzykl. s. v. actio, Sp. 19. 20.

civilis intentio est. § 46: Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae, nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in jus vocavit, nam in ea ita est: RECUPERATORES SUNTO. SI PARET, ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS IN JUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNATE: SI NON PARET, ABSOLVITE . . . . et denique innumerabiles ejusmodi aliae formulae in albo proponuntur. § 47: Sed ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati: illa enim formula, quae ita concepta est: JUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EJUS JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT; SI NON PARET, ABSOLVITO, in jus concepta est; at illa formula, quae ita concepta est: JUDEX ESTO. SI PARET, A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO N. NEGIDII A. AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.

§ 52.

Das Aktionensystem.

Das Wesen der actio ist zur Zeit des Formularprozesses das gleiche wie zur Zeit der legis actio. Noch immer ist das Privatrecht als solches ohne allgemeine Rechtsschutzverheifsung. Es gibt Rechtsschutz nur vermöge einzelner genau umgrenzter Klagerechte (ac iones), die von der Rechtsordnung s e l b s t ä n d i g ausgebildet sind. Unsere heutige Klage gehört lediglich dem öffentlichen Recht an. Sie dient dem Privatrecht und ist darum eine allgemeine, an sich inhaltlose Form, welche j e d e m Anspruch zur gerichtlichen Geltendmachung zu helfen bestimmt und fähig ist. Die römische actio aber gibt selber ihre privatrechtlichen Voraussetzungen an. Sie ist öffentlichrechtlichen und mittelbar zugleich privatrechtlichen Inhalts. Sie bedeutet Recht

auf gerichtliches Verfahren nur für einen bestimmten Anspruch. Die römische actio ist der gerichtsfähige Anspruch. Darum gibt es nicht, wie heute, nur eine Klage und ein einziges Klageverfahren, sondern viele actiones (mit verschiedener formula): ein Aktionensystem, welches ein System der vor Gericht zulässigen Ansprüche darstellt. Das Privatrecht gelangt zum Rechtsschutz nur, wenn ihm eine entsprechende actio zur Verfügung steht.

Aber über die Zuständigkeit einer actio entscheidet nicht mehr schlechtweg das überlieferte Volksrecht. Darin besteht der Fortschritt, der mit dem Formularverfahren gemacht ist. Die von der lex befreite obrigkeitliche Gewalt ist im Stande, der Entwickelung des Verkehrs und der Rechtsanschauungen durch Ausbildung einer Fülle von neuen Aktionen gerecht zu werden. In den neuen Aktionen gestaltet sich das Privatrecht einer neuen Zeit. Zugleich gelangt in der Technik der Aktionen eine kunstgemäfse, formgebende Behandlung des privatrechtlichen Stoffes zur Geltung. Das Mittel zu solcher Leistung war die intentio. An diesem Teil der formula hängt die formale Vollendung des römischen Rechts. Auch das mittelalterliche deutsche Recht hat sein Aktionensystem gehabt[1]. Aber es unterschied die zu gerichtlicher Geltendmachung tauglichen Ansprüche in naiver Weise nach ihrem Gegenstand: ob Klage um Schuld oder um Fahrnis oder um Liegenschaft, d. h. nach äufserlichen, für das rechtliche Wesen des Anspruchs unergiebigen Gesichtspunkten. Anders die Aktionen des Formularprozesses. Sie unterscheiden sich nach ihrem Rechtsgrunde: die intentio gibt den Rechtsgrund an. Sie spricht damit die rechtliche Art des Anspruchs aus. Das zugrunde liegende Privatrecht erscheint und in dem Aufbau des römischen Aktionensystems kommen Grundgedanken des Privatrechtssystems, in den Unterschieden der intentio die Unterschiede der Privatrechte zu plastischer Gestalt.

[1] Die selbständige Ausgestaltung der Rechtsschutzordnung entspricht der Art alles älteren Rechts Die Entwickelung des Rechtsschutzes (Strafrecht, Prozefs) ist die Form, in welcher die gesamte Rechtsentwickelung der alten Zeit vor sich geht So hat auch das mittelalterliche deutsche Recht keine allgemeine Rechtsschutzform für das Privatrecht: das Fahrniseigentum bleibt rechtsschutzlos gegenüber dem Drittbesitzer, wenn der Eigentümer den Besitz freiwillig weggegeben hatte und es deshalb an den Voraussetzungen des Fahrnisanspruchs (der actio) gebrach.

I. Die intentio ist entweder persönlich (in personam) oder unpersönlich (in rem) gefafst, d. h. die intentio nennt entweder die Person des Verklagten (und eventuell zu Kondemnierenden) oder sie nennt diese Person nicht, sondern nur die Person des Klägers (des Berechtigten). Auf diesem Gegensatz ruht die oberste Einteilung aller Klagen: die Einteilung in actiones in personam (mit intentio in personam) und actiones in rem (mit intentio in rem).

Der Gegensatz ist kein äufserlicher, sondern durch die innerste Natur der Privatrechte begründet. Eine gewisse Klasse von Privatrechten, die Forderungsrechte, erschöpft sich in der Verpflichtung einer einzigen Person (des Schuldners), und man kann das gemeinte Forderungsrecht nicht bezeichnen, ohne zugleich diese eine Person (den Schuldner) zu benennen. Das Recht des Klägers schon sieht und bestimmt seinen Gegner (den Schuldner) und damit den Beklagten. Die intentio (mag sie in jus oder in factum konzipiert sein) mufs diese Person des Schuldners angeben, weil die Person des Schuldners das Recht individualisiert: ein anderer Schuldner, ein anderes Recht (die intentio lautet z. B: si paret, N.um N.um A.o A.o dare oportere). Dagegen sind alle übrigen Rechte (insbesondere, aber nicht allein, die Sachenrechte, z. B. das Eigentum) derart, dafs sie nicht in der Verpflichtung eines bestimmten einzelnen bestehen, sondern in einer Befugnis, welche jedermann gegenüber nicht blofs besteht, sondern auch geltend gemacht werden kann. Das Recht hat hier als solches keinen persönlichen Gegner. Erst die Verletzung des klägerischen Rechts bestimmt den Gegner und damit den Beklagten. Und jede Verletzung wird aus dem Recht heraus immer wieder die gleiche Klage erzeugen: auch bei verschiedenen Gegnern immer das gleiche Recht. Die intentio ist hier unpersönlich (z. B. si paret, hominem, quo de agitur, A.i A.i esse ex jure Quiritium), d. h. sie nennt den Beklagten nicht; der Beklagte erscheint erst in der condemnatio.

Die Natur der intentio bestimmt die Natur der actio.

Die Klage aus dem Forderungsrecht ist eine actio in personam, die Klage aus einem anderen Recht (z. B. Eigentum, Pfandrecht, Familiengewalt, Erbrecht) ist eine actio in rem. Privatrechtlich ausgedrückt: die

Forderungsrechte sind Rechte mit persönlich gerichtetem, die übrigen Rechte aber Rechte mit absolutem Inhalt. Die Gestaltung der intentio zwingt die Rechte zur Aussprache ihres Wesens. Der Gegensatz der absoluten und der relativen Rechte beherrscht noch heute unser juristisches Denken. Er ist herausgearbeitet worden durch die römische intentio.

II. Die dinglichen Klagen (actiones in rem) entspringen teils aus dinglichen Rechten (unten § 60 ff.), z. B. dem Eigentum (rei vindicatio, actio negatoria), teils aus Familienrechten (z. B. der Gewalt des Vaters über die Kinder: vindicatio filii in potestatem), teils aus dem Erbrecht (hereditatis petitio, interdictum quorum bonorum), teils aus den Statusrechten, d. h. dem Recht auf Anerkennung des Personenstandes (z. B. der Ingenuität, der Kindschaft, der Freiheit von der väterlichen Gewalt). Die Statusklagen zählen zu den Präjudizialklagen (praejudicia), d. h. zu den Feststellungsklagen des römischen Rechts; es wird nur Feststellung eines Rechtsverhältnisses (z. B. der Freiheit), nicht Verurteilung des Beklagten begehrt.

Die sogenannte actio in rem scripta ist keine actio in rem, sondern eine persönliche Klage (also mit gegebenem Gegner) aus einem Forderungsrecht, nur mit der Eigentümlichkeit, dafs der Schuldner nicht endgültig bestimmt ist, sondern durch einen Zustand bezeichnet wird, dessen Träger wechseln kann. Sie ist also eine actio in personam, deren Gegner (der Schuldner) immer nur auf Zeit gegeben ist. Ein Beispiel ist die actio quod metus causa (S. 238), mit welcher ich nach römischem Recht das mir durch erzwungenes Rechtsgeschäft Abgeprefste von demjenigen zurückfordere, welcher gegenwärtig das durch jenes Rechtsgeschäft Erlangte (z. B. das Eigentum an der von mir metus causa veräufserten Sache) hat: die Klage besitzt dingliche Wirkung (ist in rem scripta), insofern sie nicht blofs gegen den Urheber des metus, sondern ebenso gegen den Dritten geht, welcher von demselben das Eigentum an der Sache erwarb; aber die Klage ist keine dingliche Klage, weil ich gegen den Dritten nicht mehr auf Grund meines Eigentums (der Beklagte ist ja vielmehr der Eigentümer), sondern nur auf Grund eines aus dem metus hervorgehenden Forderungsrechts (gerichtet auf Rückübertragung meines Eigentums) klagen kann. Ein anderes Bei-

spiel ist die Teilungsklage, mit welcher ich die Teilung der gemeinschaftlichen Sache von dem gegenwärtigen Miteigentümer verlange.

III. Die Forderungsrechte entspringen entweder aus Kontrakten (oder kontraktsähnlichen Tatbeständen) oder aus Delikten (oder deliktsähnlichen Tatbeständen). Daher sind die actiones in personam entweder Kontraktsklagen (bezw. Quasikontraktsklagen) oder Deliktsklagen (bezw. Quasideliktsklagen). Vgl. § 77.

IV. Die Kontrakte sind entweder stricti juris negotia (mit präzis bestimmter Verbindlichkeit) oder bonae fidei negotia (mit unpräziser Verbindlichkeit), vgl. § 76. Daher sind die Kontraktsklagen entweder actiones stricti juris (z. B. die Klage aus dem Darlehn oder der stipulatio) oder actiones bonae fidei (z. B. die Klage aus Kauf, Miete, depositum). Die actio stricti juris führt den Namen condictio, wenn sie ohne Angabe des Klaggrundes (in der formula) erhoben wird (vgl. § 80 Anm. 6).

Die intentio der actio bonae fidei ist immer eine incerta (quidquid N.^{um} N.^{um} A.^{o} A.^{o} dare facere oportet ex bona fide), die intentio der actio stricti juris nur dann, wenn das stricti juris negotium (die Stipulation) geradezu auf ein incertum gestellt ist. In den Fällen der incerta intentio (also in allen Fällen der actio bonae fidei) beginnt die intentio mit einer sogenannten demonstratio, d. h. mit der Benennung des Kontrakts, auf Grund dessen das incertum (das quidquid) sich bestimmt. Also z. B. quod A.^{us} A.^{us} apud N.^{um} N.^{um} hominem deposuit, quidquid usw. Wie das Wesen der Forderungsrechte, so kommt auch das Wesen der Kontrakte in der römischen intentio zum Ausdruck.

V. Die im Wege des Zivilprozesses zu verfolgenden Delikte (Privatdelikte) verpflichten nach römischem Recht entweder zum Schadensersatz oder zur Zahlung einer Bufse oder zu beidem, und im letzteren Falle kann dieselbe eine Klage sowohl zur Geltendmachung des Ersatz- wie des Bufsanspruchs dienen, oder es sind auf Grund des Delikts (z. B. des Diebstahls) zwei selbständige Klagen gegeben, von denen die eine (so die condictio furtiva) nur dem Ersatzanspruch, die andere (so die actio furti) nur dem Bufsanspruch dient. Die Deliktsklagen sind daher

entweder rei persequendae causa comparatae (gehen nur auf Ersatz) oder poenae persequendae causa comparatae (geben nur auf Bufse) oder mixtae (dieselbe Klage geht auf Schadensersatz auf Bufse).

Der Bufsanspruch aus dem Delikte steht dem Verletzten, im Fall der Schädigung eines öffentlichen Interesses dem populus (dem Staate) zu. Die Bufsklage namens des populus kann noch nach klassischem Recht von jedem Bürger erhoben werden. Die Bufsklagen (actiones poenae persequendae causa comparatae) sind daher entweder actiones privatae (der verletzten Privatperson zuständig) oder actiones populares (namens des verletzten Gemeinwesens jedem Bürger, cuivis ex populo, zuständig)[8].

§ 1 I. de actionibus (4, 6): Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quaque re quaeritur, summa divisio in dua genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut dare facere oportere, et aliis quibusdam modis; aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

§ 13 eod: Praejudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo.

§ 20 eod.: Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent.

---

[8] Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 24, S. 1 ff. Die mit actio popularis eingetriebene Bufse fällt bald an den Kläger, bald an das Gemeinwesen, bald wird sie zwischen Kläger und Gemeinwesen geteilt.

§ 53.
Condemnatio und exceptio.

I. Die condemnatio ist der in der formula erteilte Kondemnationsbefehl des Prätors. Die Bedingung der condemnatio ist die intentio. Ist die intentio wahr, so soll kondemniert werden. Nur die formula der Präjudizialklage (S. 306) besteht allein in der intentio: sie soll den judex lediglich veranlassen, die ihm vorgelegte Frage (die Statusfrage) klarzustellen (pronuntiatio); einer condemnatio bedarf es in diesem Falle nicht.

Der Kondemnationsbefehl des Prätors geht durchweg darauf, dafs der judex zu einer Geldsumme verurteile (pecuniaria condemnatio); auch dann, wenn der Kläger mit einer Klage durchgedrungen ist, kraft deren er die Herausgabe (restituere) oder Vorlegung (exhibere) einer bestimmten beim Verklagten befindlichen Sache zu fordern berechtigt ist.

Nur die unbestreitbare Geldschuld ist nach älterem und noch nach klassischem römischen Recht der prozessualischen Zwangsvollstreckung fähig. Darum mufs der judex, indem er durch sein Urteil das Recht des Klägers aufser Zweifel stellt, es zugleich in ein Recht auf eine Geldsumme verwandeln.

Die pecuniaria condemnatio führt häufig Unbilligkeiten mit sich, so vor allem in dem eben angedeuteten Fall, wo die Klage auf restituere oder exhibere geht. Der Kläger hat z. B. sein Eigentum an einer von dem Beklagten ihm vorenthaltenen Sache nachgewiesen. Er wird, obschon er mit seiner Eigentumsklage (rei vindicatio) durchdringt, dennoch, infolge der blofsen Verurteilung des Beklagten zu einer Geldsumme, nicht diese seine Sache, sondern nur eine vom Beklagten geleistete Geldentschädigung erhalten. Der Beklagte behauptet sich im Besitz der Sache, obgleich er den Prozefs verliert. Ja, der Beklagte wird Eigentümer (nach prätorischem Recht) in demselben Augenblick, wo er dem Kläger die Geldentschädigung, die litis aestimatio (quanti ea res est), auszahlt. Der Erfolg der siegreich durchgeführten Eigentumsklage ist die Enteignung des Klägers, der Verlust des Eigentums. In derselben mifslichen Lage befindet sich der Niefsbrauchsberechtigte (Usufruktuar), welcher mit der Niefsbrauchsklage (actio confessoria) sein Recht auf

Herausgabe des Niefsbrauchsgegenstandes, der Pfandgläubiger, welcher mit der Pfandklage (actio in rem hypothecaria) sein Recht auf Herausgabe des Pfandgegenstandes, der Vermieter, welcher mit der Mietklage (actio locati) nach beendigter Mietzeit sein Recht auf Herausgabe des Mietgegenstandes erstritten hat, der Kommodant (Verleiher), welcher mit actio commodati directa die ausgeliehene Sache, der Deponent, welcher mit actio depositi directa die zur Aufbewahrung gegebene Sache, der Verpfänder, welcher mit actio pignoraticia directa nach Bezahlung der Pfandschuld vom Faustpfandgläubiger die verpfändete Sache zurückfordert, der Betrogene, welcher mit actio de dolo die infolge Betrugs, der Gezwungene, welcher mit actio quod metus causa die infolge Drohung von ihm weggegebene Sache wiederbegehrt, der Erbe, welcher mit der hereditatis petitio von dem blofs vermeintlichen Erben die Ausantwortung der von demselben in Besitz genommenen Erbschaft fordert, der Eigentümer, welcher zum Zweck der Vorbereitung seiner rei vindicatio mit actio ad exhibendum die Vorlegung (exhibere) der von dem Gegner besessenen Sache verlangt, um die Identität derselben mit der ihm abhanden gekommenen Sache feststellen zu können usf. In all diesen Fällen wird restituere bezw. (im letzten Fall) exhibere begehrt[1]. Die siegreich durchgeführte Klage führt aber infolge des Grundsatzes der Geldkondemnation nicht zur Befriedigung, sondern zur Abfindung des klägerischen Rechts.

Ein ebenso unzweckmäfsiges Ergebnis stellt sich heraus, wenn der Käufer (z. B. wegen heimlicher Mängel der gekauften Ware) mit der actio redhibitoria die Auflösung des Kaufvertrags fordert. Die Geldkondemnation gibt ihm nur sein Interesse (quanti ea res erit) an der Auflösung des Kaufvertrags, nicht aber, was er zu fordern berechtigt ist, nämlich die Auflösung selbst, also Rückgabe der Ware seinerseits, um dafür den ge-

---

[1] In den Fällen der actio de dolo und der actio quod metus causa kann das Begehren auch weitergehender Art sein. Ist z. B. infolge des Betrugs oder der Drohung Eigentum veräufsert worden, so gehen diese Klagen auf Rückübertragung des Eigentums (Rücktradition), nicht blofs auf Rückübertragung des Besitzes (Restitution im engeren Sinn des Worts).

zahlten Preis (bezw. Befreiung von der Kaufschuld) zurückzuempfangen. Er müfste also z. B. trotz Kondemnation des Gegners das gekaufte Tier dennoch behalten, von dem sich herausgestellt hat, dafs es eine ansteckende Krankheit hat oder dergl.

Auch bei der Noxalklage ist der Fall denkbar, dafs die condemnatio doch den Interessen des Klägers nicht gerecht wird. Hat der Sklav ein Delikt begangen, so haftet sein Herr in der Weise, dafs er entweder die Folgen des Delikts (Schadensersatz und Strafzahlung) auf sich nehmen oder den Sklaven an den durch das Delikt Betroffenen ausliefern mufs (noxae deditio). Aber man denke an den Fall der Injurie. Der Sklav hat den Kläger durch ein Schimpfwort beleidigt. Die condemnatio: der Herr gebe den Sklaven heraus oder zahle eine (kleine) Geldsumme (das letztere wird der Herr natürlich tun), verschafft dem Kläger keine Genugtuung. Die Geldsumme ist ihm nichts. Der Lage des Falls wäre es weit angemessener, wenn kein Geld gezahlt, aber der Sklav zur Züchtigung mit einigen Streichen bedacht würde.

Alle diese Fälle haben das Gemeinsame, dafs die Geldkondemnation nicht imstande ist, das Interesse des Klägers wirklich zu befriedigen.

Eine Schwierigkeit anderer Art ergab sich bei den stricti juris negotia, d. h. bei den Geschäften, welche streng nach ihrem Wortlaut ausgelegt werden (z. B. die Stipulation, unten § 80). War durch stricti juris negotium eine Leistung an einem bestimmten Orte zugesagt worden (z. B. durch das Stipulationsversprechen: Ephesi centum dare), so konnte die Leistung nur an diesem Orte gefordert und der Verklagte nur an diesem Orte kondemniert werden. Denn anderswo zu leisten hatte der Schuldner nicht versprochen, und wenn der Gläubiger anderswo klagte, so forderte er etwas anderes, als ihm versprochen war (plus petitio), und mufste seinen Prozefs verlieren. Aber er konnte vielleicht an dem bestimmten Ort (in Ephesus) nicht klagen, denn der Beklagte blieb von demselben beharrlich fern, und ein Verfahren gegen einen abwesenden Beklagten gab es nach älterem Recht nicht. Hier mufste doch dem Gläubiger geholfen werden. Er mufste berechtigt sein, auch an einem anderen Orte zu klagen: an dem ihm dann aber natürlich nicht das Recht genau auf die

zugesagte Leistung, sondern nur das Recht auf das Interesse an dieser Leistung unter Berücksichtigung des Ortsinteresses zustand. Dazu bedurfte es aber einer Änderung in dem Kondemnationsbefehl, denn die condemnatio ging bei der actio stricti juris nicht auf das Interesse des Klägers an der Leistung, sondern schlechtweg auf den Wert der Leistung in Geld ausgedrückt. Ward eine bestimmte Geldsumme mit actio stricti juris (condictio certi) gefordert, so ging die Kondemnation genau auf diese Geldsumme, nicht mehr und nicht weniger, nicht aber auf das Interesse des Klägers an dieser Geldsumme[2]. Ebenso wenn es sich nicht um eine Geldsumme, sondern um bestimmte Sachen oder um irgend eine andere Leistung handelte, welche durch stricti juris negotium versprochen war. Nicht das Interesse des Gläubigers an dieser Sache oder Handlung, sondern nur der objektive Wert dieser Sache oder Handlung konnte dem Kläger auf Grund der actio stricti juris zuerkannt werden. Diesen objektiven Wert aber vermochte er nur an dem Orte zu fordern, an welchem die Leistung zugesagt war. An jedem anderen Orte forderte er etwas ihm nicht Geschuldetes und verlor seinen Prozefs.

Also: bei den oben zuerst genannten Klagen auf restituere oder exhibere (und ebenso bei der actio redhibitoria und im praktischen Ergebnis auch bei dem genannten Fall der Noxalklage) lag die Unbilligkeit darin, dafs die Kondemnation nur auf das Interesse (Geld) und nicht vielmehr auf Naturalbefriedigung des Klägers, bei den actiones stricti juris lag sie umgekehrt darin, dafs die Kondemnation nicht auf das Interesse, sondern nur auf den objektiven Wert der Leistung möglich war.

Das war eine sehr verschiedenartige Reihe von Fällen. Aber in allen Fällen dieser Art war die Engherzigkeit der condemnatio der Grund des Übels, und zwar entweder insofern die condemnatio blofse Geldkondemnation war, oder insofern die Geldkondemnation (bei den actiones stricti juris) in gewisse enge Grenzen gewiesen war. Infolgedessen konnte der Prätor in allen Fällen durch das gleiche Mittel helfen, nämlich durch eine

[2] Daher konnte z. B. mit actio stricti juris bei verspäteter Leistung das Verzugsinteresse (z. B. Verzugszinsen) vom Kläger nicht gefordert werden. Aus demselben Grunde war die Berücksichtigung des Ortsinteresses ausgeschlossen.

Umbildung der condemnatio. Er gab dem judex Macht, nicht blofs zu kondemnieren, sondern auch zu arbitrieren, d.h. eine Entscheidung geben zu können, welche den Umständen nach bemessen ist. Das arbitrium ist das von den Schranken des Kondemnationsbefehls befreite weitherzige Urteil.

So wird es also den Umständen bei der Eigentumsklage und den andern ähnlichen Klagen (auf restituere oder exhibere) angemessen sein, wenn der Beklagte zur Naturalbefriedigung des Klägers angehalten wird: es ergeht an ihn, nachdem das Eigentum oder sonstige Recht des Klägers festgestellt ist (pronuntiatio), ein arbitratus (jussus) de restituendo oder de exhibendo. Leistet der Beklagte demselben keine Folge, so erfolgt zwar keine Vollstreckung (weil dem älteren und dem klassischen römischen Zivilrecht nur die Vollstreckung der Geldschuld bekannt ist und eben deshalb nur eine Geldverurteilung eine richtige Kondemnation ist), aber es folgt jetzt die Kondemnation, und zwar indem der Richter (dem ungehorsamen Beklagten gegenüber) den Kläger die Höhe seines Interesses an der Sache durch Eid feststellen läfst (jusjurandum in litem). Hat der Beklagte eigenwillig die Erfüllung des arbitratus de restituendo verweigert, so wird der Richter auf Grund des klägerischen Eides ihn voraussichtlich in eine Geldsumme verurteilen, welche den Wert der Sache weit übersteigt, mit anderen Worten: die Geldkondemnation wird jetzt (nachdem der arbitratus de restituendo vorausgegangen ist) zu einem Mittel für die Bestrafung des widerspenstigen Beklagten. Damit ist ein zwar indirektes, aber doch sehr wirksames Vollstreckungsmittel für das arbitrium de restituendo geschaffen worden und jedenfalls für die weitaus gröfste Zahl der Fälle die Unbilligkeit der pecuniaria condemnatio beseitigt[2a].

Ebenso wurde die actio redhibitoria behandelt. Bevor der judex zur condemnatio schritt, erliefs er ein arbitrium des Inhalts, dafs Käufer die gekaufte Ware (mit ihrem Zuwachs)

[2a] Unter den gleichen Gesichtspunkt des indirekten Zwanges zur Naturalbefriedigung fällt die Tatsache, dafs die actio de dolo ihre infamierende Wirkung (oben S. 208) nur äufsert, wenn Beklagter wegen seines dolus kondemniert ist, d.h. wenn er dem arbitrium des Geschworenen (auf Rückgewähr) Trotz bietet. Vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 320.

zurückzugeben, Verkäufer dagegen das empfangene Geld zurückzuzahlen bzw. den Käufer von der Kaufschuld zu befreien habe. Leistete der Verkäufer schuldhafterweise dem arbitrium keine Folge, so kondemnierte ihn jetzt der judex zur Leistung des Doppelten (vgl. l. 45 D. 21, 1). Dem entsprach, dafs bei der Noxalklage wegen Beleidigung durch einen Sklaven (actio injuriarum noxalis) der judex vor der Kondemnation dem Herrn durch arbitratus aufgab, den Sklaven zur Erduldung einer vom judex zu bemessenden Prügelstrafe zu stellen. Eventuell mochte dann die Geldstrafe höher bemessen werden[3].

In den Fällen der actio stricti juris, wo es sich um Kondemnation an einem anderen Orte handelte, war die Sache noch einfacher: der Prätor ermächtigte den judex zu einem arbitrium, durch welches er den Beklagten auf das Interesse des Klägers an der Leistung (unter Berücksichtigung also des Ortes) verurteilte. Hier stand das arbitrium anstatt der condemnatio. Es wurde nicht kondemniert (auf die geschuldete Leistung), sondern nur arbitriert (auf das Interesse), indem der Richter Vollmacht hatte, sowohl das Interesse des Klägers wie das Interesse des Beklagten an dem Ort der Leistung in Betracht zu ziehen; es konnte also unter Umständen der Beklagte an dem anderen Ort auch zu weniger verurteilt werden, als er versprochen hatte (wenn die Leistung an diesem Orte dem Kläger mehr wert war als die Leistung an dem zugesagten Ort). Dem arbitrium folgte hier nicht die condemnatio, sondern die Vollstreckung. Dies arbitrium war vollstreckbar, weil es direkt auf Geld lautete[4].

Durch das vorige ist der Begriff der actio arbitraria festgestellt. Sie ist eine Klage mit weitherzigem Kondemnationsbefehl. Der judex hat eine freiere Stellung, indem ihm der arbitratus gestattet ist. In diesem Sinne sind die Klagen

---

[3] Zu diesen beiden Fällen vgl. Lenel, Edictum, S. 438. 324. — Gab der Verklagte dem arbitrium Folge, so ward er nicht kondemniert, kam also der actio redhibitoria gegenüber mit der Rückleistung des simplum (pretium) davon. Dafs dies der Sinn von l. 45 D. cit. ist, zeigen Bechmann, Der Kauf, Bd. 1, S. 403; Eck, Das Ziel der actio redhibitoria, in den Juristischen Abhandlungen für Beseler (1885).

[4] Vgl. Lenel, Edictum, S. 193 ff. Dazu Gradenwitz in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 24 S. 238 ff.

auf restituere und exhibere, die actio redhibitoria und die Noxalklage wegen Beleidigung durch einen Sklaven, sowie die Klage aus einem stricti juris negotium auf das Interesse (unter Berücksichtigung des Orts) actiones arbitrariae. In allen Fällen ist es das gleiche Mittel, durch welches einer Unbilligkeit abgeholfen wird: die Umbildung der condemnatio.

In der formula einer Klage auf restituere oder exhibere ward dem Kondemnationsbefehl die Anweisung zum Erlafs des arbitratus de restituendo oder de exhibendo vorangeschickt. Es hiefs nicht schlechtweg: condemna, sondern: neque (nisi) arbitratu tuo restituetur (exhibebitur), condemna. Es konnte nur kondemniert werden (zu Geld), nachdem der Restitutionsbefehl (das arbitrium) fruchtlos erlassen war[5]. Ebenso wurde bei der actio redhibitoria die Klausel: si arbitratu tuo is homo (der gekaufte Sklav) redhibebitur (vom Käufer) . . . et . . . pecunia non reddetur (vom Verkäufer), bei der namhaft gemachten Noxalklage die Klausel: nisi arbitratu tuo servum verberandum exhibebit (oder ähnlich) — dem Kondemnationsbefehl vorausgeschickt.

Die Klage auf das Interesse, welche auf Grund eines örtlich lautenden stricti juris negotium gegeben wird, pflegt heute die arbitraria actio de eo quod certo loco genannt zu werden. Den Römern war sie die actio arbitraria schlechtweg, die Klage, für welche die Bezeichnung als actio arbitraria nicht (wie bei den anderen actiones arbitrariae) Gattungsname, sondern Eigenname war[6]. Sie war die actio arbitraria, weil sie, wie schon bemerkt wurde, nur zu einem arbitrium, nicht zu einer condemnatio im technischen Sinne führte. Die formula gab dem judex lediglich auf, gemäfs seinem arbitratus (seinem

---

[5] Das restituere kann sich bei den einzelnen Klagen mannigfaltig gestalten. So gehört zum restituere auch die Mitherausgabe von Früchten, welche die Sache getragen hat, die Zession von Klagen, welche in bezug auf die Sache entstanden sind, die Rückübertragung von Eigentum (so z. B. in den Fällen der actio doli und metus) usf. Zu der Restitution einer Erbschaft von seiten des in der hereditatis petitio unterlegenen Erbschaftsbesitzers kann gehören, dafs derselbe dem wahren Erben die Schuld zahle, welche er (der Erbschaftsbesitzer) dem Erblasser schuldig war, oder dafs er seinen Sklaven, welcher an Erbschaftssachen ein Delikt begangen (z. B. Sachbeschädigung, Diebstahl), noxae gebe (l. 40 § 4 D. 5, 3). Vgl. Anm. 7.

[6] Lenel, Edictum, S. 195.

billigen Dafürhalten) zu urteilen (sei es auf das Versprochene, sei es auf mehr oder weniger).

So gaben die actiones arbitrariae dem judex eine ähnlich freiere Stellung, wie er sie auch bei den actiones bonae fidei hatte. Aber der Unterschied blieb, dafs die actio bonae fidei kraft ihrer intentio, die actio arbitraria kraft ihrer condemnatio dem judex diese freiere Stellung verschaffte. Bei der actio bonae fidei ist es schon das den Prozefsgegenstand bildende Recht des Klägers (seinem Inhalt nach), welches den judex auf sein Ermessen verweist, bei der actio arbitraria aber ist es der Befehl des Prätors (der Kondemnationsbefehl durch seine hier eintretende Umgestaltung), unabhängig von der Natur des klägerischen Rechts. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dafs eine Klage zugleich bonae fidei und arbitraria sei, aber jenes ist sie um ihrer intentio, dieses um ihrer condemnatio willen.

Gaj. Inst. IV § 48: Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.

§ 31 I. de act. (4, 6): Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat[7], condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est. Item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

II. Die exceptio. In den Fällen der actio arbitraria liegt

---

[7] Zur Erläuterung dieser Worte vgl. Anm. 5. — Die Noxalklage als solche ist keine actio arbitraria. Sie hat kein arbitrium; vielmehr geht die condemnatio auf: aut tantam pecuniam aut in noxam dedere. Nur in dem vorher im Text (S. 311. 315) besprochenen Ausnahmsfall ging dieser condemnatio der arbitratus de verberando vorauf.

eine Umbildung der condemnatio und demgemäfs Erweiterung der Kondemnationsbefugnis, in den Fällen der exceptio aber eine Ausnahme von der condemnatio und dementsprechende Beschränkung der Kondemnationsbefugnis vor.

Ist die intentio wahr, so ist zu kondemnieren. Dies ist das normale Verhältnis. Die exceptio bewirkt, dafs ausnahmsweise trotz Wahrheit der intentio dennoch nicht kondemniert wird. Der Prätor hat dem judex für den Fall, dafs die exceptio begründet ist, die Kondemnation, auch wenn wegen Wahrheit der intentio an sich kondemniert werden müfste, verboten. Die Erheblichkeit des durch das Mittel der exceptio geltend gemachten Tatbestandes ruht also immer auf ausdrücklicher prätorischer Anweisung an den judex. Daher bildet die Verteidigung ope exceptionis den Gegensatz zu der Verteidigung ipso jure. Der Beklagte beruft sich auf einen ipso jure wirkenden Verteidigungsgrund, wenn er schon kraft des Wortlautes der intentio, dagegen auf einen ope exceptionis wirkenden Verteidigungsgrund, wenn er nur auf Grund des Wortlautes der condemnatio, nämlich auf Grund einer ausdrücklich eingeschobenen Ausnahme vom Kondemnationsbefehl (exceptio) freigesprochen werden kann. Darum mufs der ope exceptionis wirkende Verteidigungsgrund schon in jure (im ersten Teil des Prozesses, vor dem Magistrat) geltend gemacht, d. h. in Hinblick auf denselben die Einfügung der exceptio in die formula erbeten werden, während der ipso jure (schon nach Mafsgabe der intentio) wirkende Verteidigungsgrund in judicio (vor dem bestellten judex) immer noch vorgeschützt werden kann, auch wenn seine Geltendmachung in jure versäumt war.

Das Wesen der exceptio ist, dem Gegensatz des prätorischen Rechts gegen das Zivilrecht Ausdruck zu geben. Dem Kläger sind z. B. durch ein streng und wörtlich verpflichtendes Rechtsgeschäft (stricti juris negotium), etwa durch Stipulation, hundert versprochen worden. Darauf hat er dem Schuldner in formloser Weise die Schuld erlassen (pactum de non petendo). Ein solches pactum de non petendo ist nach Zivilrecht in unserem Fall ungültig, nach prätorischem Recht aber gültig. Nun klagt der Kläger mit der actio stricti juris (condictio certi). Die intentio lautet: Si paret N.^{um} N.^{um} (Schuldner) A.^{o} A.^{o} (dem Gläubiger)

C dare oportere. Die intentio ist wahr, denn nach Zivilrecht (dare oportere) ist der Schuldner dem Gläubiger trotz des pactum de non petendo immer noch die hundert schuldig. Beklagter müfste also kondemniert werden. Aber der Prätor fügt dem Kondemnationsbefehl die Ausnahme bei: si inter A.um A.um et N.um N.um non convenit, ne ea pecunia peteretur (sogenannte exceptio pacti de non petendo). Also wenn der Schuldner das pactum de non petendo beweist, mufs er infolge prätorischer Anweisung vom judex dennoch freigesprochen werden. Ganz in ähnlicher Weise kann einem zivilrechtlichen Anspruche gegenüber die Berufung des Beklagten auf Betrug seitens des Gegners (exceptio doli), auf Bedrohung (exceptio metus), auf Vergleich (exceptio transactionis), auf einen ausgeschworenen Schiedseid (exceptio jurisjurandi) in Form einer exceptio geltend gemacht werden. Das Zivilrecht berücksichtigt alle diese Umstände grundsätzlich nicht. Würde der Beklagte sich auf Zahlung berufen, so würde er schon ipso jure frei sein, einer exceptio nicht bedürfen, sondern schon kraft der intentio absolviert werden müssen (das dare oportere ist nicht mehr wahr). Aber durch Betrug, Furcht usw. wird das dare oportere grundsätzlich nicht berührt (vgl. § 42). Die intentio bleibt wahr. Der Beklagte müfste verurteilt werden. Der Prätor hilft ihm durch eine exceptio: der judex darf den Beklagten nicht kondemnieren, obgleich es nach Zivilrecht geschehen müfste. Wie die actio in factum und die actio utilis also ein Mittel ist, um in Widerspruch mit dem Zivilrecht zu einer Kondemnation, so ist die exceptio das Mittel, um in Widerspruch mit dem Zivilrecht zu einer Absolution zu gelangen. Die exceptio bedeutet ein Mittel, die Befreiungsgründe des jus honorarium geltend zu machen.

Der gleiche Gesichtspunkt trifft in anderen Fällen zu, welche nur auf den ersten Blick einen anderen Schein darbieten.

Nicht immer nämlich hat das Zivilrecht, indem es gewisse Rechtsgeschäfte verbot, die Nichtigkeit der trotzdem geschlossenen Rechtsgeschäfte ausgesprochen. So verbot die lex Cincia (204 v. Chr.) gewisse Schenkungen. Aber die trotzdem geschehene Schenkung blieb nach Zivilrecht gültig (die lex Cincia war eine lex imperfecta). Der Prätor war es, welcher durch

Erteilung einer exceptio legis Cinciae dem Verbot der lex Cincia Geltung verschaffte (oben S. 241). Ebenso wenn ein senatusconsultum Vellejanum (46 n. Chr.) die Interzession der Frauen (die Übernahme einer Schuld in fremdem Interesse) verbot, aber sich auf die Anweisung an den Magistrat beschränkte, dafs er dies Verbot in seiner Rechtsprechung wirksam zu machen habe[8]. Der Prätor tat es, indem er der Frau, welche aus dem Interzessionsgeschäft (z. B. einer Bürgschaft) verklagt wurde, die exceptio senatusconsulti Vellejani gab. Ebenso gab es eine exceptio legis Plaetoriae (§ 56), eine exceptio senatusconsulti Macedoniani (§ 79) u. s. f. Der Prätor folgte hier den Weisungen, welche ihm eine für das Zivilrecht mafsgebende Quelle in bezug auf die Gestaltung seines jus honorarium gab (vgl. oben S. 95). Aber diese Quelle selber hatte sich darauf beschränkt, einen Rechtssatz des öffentlichen Rechts hervorzubringen (ganz ebenso wie in dem oben S. 96 Anm. 4 besprochenen Fall): sie hat lediglich eine Pflicht des Jurisdiktionsmagistrats in bezug auf die Handhabung seines imperium, nicht aber einen für das Privatrecht unmittelbar wirkenden Rechtssatz aufgestellt. In solchen Fällen sprechen wir heute von „zivilen Exzeptionen“. Wir meinen damit solche Exzeptionen, welche im Dienst eines zivilen öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes stehen, zu deren Einfügung in die Formel der Prätor darum bürgerrechtlich verpflichtet ist. Aber trotzdem ist auch in diesen Fällen die privatrechtliche Befreiung des Schuldners ein Werk nur des jus honorarium und nicht des jus civile. Denn nach zivilem Privatrecht bleibt das Schenkungsgeschäft, bleibt die Bürgschaft der Frau usw. vollkommen gültig, und nur durch

[8] Es hiefs im Senatuskonsult: arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. Der Prätor hatte also die exceptio Sc. Vellejani von Amts wegen in die Formel einzufügen. Ein Verzicht der Beklagten auf die exceptio war ausgeschlossen (vgl. Mitteis in Jherings Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 131 ff.). — Ähnlich ging das Trebellianische und das Pegasianische Senatuskonsult (§ 117) vor. — Das Mittel einer blofsen Anweisung an den Jurisdiktionsmagistrat konnte der Senat gebrauchen, um seinem Beschlufs Geltung nicht blofs für Bürger, sondern auch für die peregrinischen Untertanen zu geben (vgl. oben S. 124), Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 69, Anm. 21.

Vermittelung des prätorischen Rechts hat das zivilrechtliche Prinzip die Befreiung des Schuldners zur Folge. Infolgedessen bedarf es auch in diesen Fällen der ausdrücklichen Anweisung des Prätors an den judex, dafs er nicht kondemniere, bedarf es der Setzung einer Ausnahme (exceptio); der judex würde sonst (eben nach Zivilrecht) kondemnieren müssen. Also auch die sogenannte zivile exceptio bedeutet einen Rechtsgrund für die Absolution des Beklagten, welcher einen Befreiungsgrund nur vermöge des jus honorarium darstellt.

Bisher ist von der formula in jus concepta ausgegangen, von der formula also, welche auf einen zivilrechtlich begründeten Anspruch als Bedingung der Kondemnation bezug nimmt und welche Gelegenheit gibt, durch das Verhältnis der condemnatio zur intentio zugleich das Verhältnis des Prätors zum Zivilrecht zum Ausdruck zu bringen: die unklausulierte condemnatio (ohne exceptio) bedeutet den Einklang des Prätors mit dem Zivilrecht[9], die klausulierte condemnatio aber (mit exceptio) den Widerspruch des Prätors gegen das Zivilrecht.

Anders bei der formula in factum concepta, also bei der formula, welche in ihrer intentio lediglich eine Tatsache (z. B. dafs der Patron vom libertus ohne prätorische Erlaubnis vor Gericht geladen sei) als Bedingung der condemnatio namhaft macht. Hier wird der unklausulierte Kondemnationsbefehl jedesmal jede Verteidigung des Verklagten (von einer Leugnung jener Tatsache abgesehen) unmöglich machen. Hätte er auch dem Gegner schon gezahlt, also zweifellos jeden Anspruch desselben aufgehoben, so würde doch bei unklausulierter condemnatio seine Verurteilung erfolgen müssen, sobald nur die Klagtatsache an sich wahr ist. Hier bedarf es also, falls der Beklagte sich auf Zahlung berufen will, einer exceptio solutionis, welche der intentio juris civilis gegenüber undenkbar ist. Hier

---

[9] Insofern es sich nämlich um die condemnatio handelt. Aber es kann schon die intentio juris civilis eine Umbildung erfahren haben, die Klage also aus einer zivilrechtlichen zu einer prätorischen actio utilis (oben S. 299 ff.) geworden sein. Aber auch die actio utilis nimmt als actio in jus concepta immer noch, wenngleich unter Abweichungen, auf das Zivilrecht Bezug, und die unklausulierte condemnatio bedeutet dann immer den Einklang des Prätors mit dem in bezug genommenen Zivilrecht.

mufs überhaupt die Geltendmachung eines jeden Befreiungsgrundes, falls der Beklagte ihn soll geltend machen dürfen, durch ausdrückliche exceptio dem Beklagten vorbehalten werden. Also: der intentio in factum concepta gegenüber führt jeder Befreiungsgrund zu einer exceptio. Das Bedürfnis nach einer exceptio hat hier keinen sachlichen Grund (in der Rechtskraft des Befreiungsgrundes); es rührt lediglich von der formellen Enge der intentio in factum concepta her. Wenn eine Tatfrage als solche zur Prozefsfrage und zur Bedingung der condemnatio gemacht ist, so ist in der formula der judex auf keinerlei Rechtssätze verwiesen, welche ihm Richtschnur seiner Kondemnation sein könnten. Es müssen ihm vielmehr alle Rechtssätze, welche das Bedingungsverhältnis zwischen dieser Tatfrage und der Kondemnation im konkreten Fall bestimmen, in Form einer exceptio ausdrücklich auseinandergesetzt werden. Als exceptio erscheint bei formula in factum concepta jeder Vorbehalt, welchen der Prätor um seiner zu eng gefafsten intentio willen dem judex schuldig ist.

Ein sachlicher Begriff liegt nur derjenigen exceptio zugrunde, welche der intentio in jus concepta gegenübersteht, und in diesem sachlichen Sinne bedeutet die exceptio einen Befreiungsgrund nach prätorischem Recht, im Widerspruch mit dem Zivilrecht[10].

---

[10] Daraus ergibt sich der Unterschied der exceptio und der Einrede des B.G.B. Die römische exceptio (im sachlichen Sinn) beruht auf dem Gegensatz zweier Rechtsordnungen (der prätorischen und der zivilen); unsere Einrede gehört der gleichen Rechtsordnung an wie der Anspruch. Einrede im Sinn des B.G.B. ist ein dem an sich bestehenden Leistungsanspruch gegenüber zuständiges Leistungsverweigerungsrecht, z. B. die Einrede der Stundung (Gegensatz die Einwendung im engeren Sinn, die das Nichtbestehen des Anspruchs geltend macht). Die Ähnlichkeit beschränkt sich darauf, dafs die Einrede einen blofsen Hemmungsgrund für die Geltendmachung des Anspruchs darstellt und dafs ebenso vom Standpunkt des Zivilrechts aus die exceptio als blofser Hemmungsgrund erschien. Aber die exceptio war ein Hemmungsgrund in Widerspruch mit dem Zivilrecht, während unsere Einrede aus dem Inhalt unseres bürgerlichen Rechts hervorgeht. Die exceptio war nach Zivilrecht kein Leistungsverweigerungsrecht, und nach prätorischem Recht bedeutete sie überhaupt keinen blofsen Hemmungsgrund, sondern einen Befreiungsgrund. Vgl. z. B. die Äufserung Ulpians in l. 3 § 1 D. 13, 5: Si quis

Die gröfste Rolle von allen Exzeptionen hat die exceptio doli in der Entwickelung des römischen Rechts gespielt. Sie hatte die allgemeine Fassung erhalten: si in ea re nihil dolo malo A.i A.i factum sit neque fiat (Gaj. IV § 119)[11]. Darin lag einmal, dafs der Richter den dolus berücksichtigen mufste, welchen Kläger sich früher, nämlich bei Abschlufs des Rechtsgeschäfts, hatte zu schulden kommen lassen (darauf geht das Perfekt: factum sit). Insoweit war die exceptio doli die oben S. 239 bereits besprochene Einrede des Betrugs, eine Einrede, welche einen bestimmten einzelnen Tatbestand (ebenso wie die exceptio metus, pacti de non petendo usw.) zum Zweck der Abweisung des Klägers geltend machte, und pflegt die exceptio doli in dieser Richtung daher heute als exceptio doli specialis (oder doli praeteriti) bezeichnet zu werden. Zum anderen aber war der Richter durch die Fassung der exceptio doli angewiesen, auch denjenigen dolus zu berücksichtigen, welchen Kläger sich jetzt, nämlich durch die Erhebung der Klage, zu schulden kommen läfst (darauf geht das Präsens: fiat). Ein dolus dieser Art liegt überall da vor, wo Kläger klagt, obgleich er weifs, dafs sein Klagebegehren aus irgendeinem Grunde der Billigkeit widerspricht, wo Kläger also durch die Anstellung der Klage wissentlich der bona fides zuwiderhandelt, z. B. er klagt aus einem von ihm durch Drohung erzwungenen Rechtsgeschäft, oder er klagt in Widerspruch mit einer getroffenen formlosen Abrede (pactum de non petendo). So vermag die exceptio doli also auch anstatt der exceptio metus oder der exceptio pacti zu dienen. Ja, noch mehr. Die römische Jurisprudenz hat von dem Erfordernis der wissentlich ungerechten Klage abgesehen und die exceptio doli in allen den Fällen für zuständig

---

autem constituerit (zu zahlen versprochen hat, vgl. unten § 84, II) quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum — eum non teneri, quia debita juribus non est pecunia quae constituta est.

[11] Diese Fassung geht mindestens in die Zeit des Labeo zurück: A. Pernice, Labeo, Bd. 2, S. 113. — Eine sehr verdienstliche Arbeit über die exceptio doli: Hugo Krüger, Beiträge zur Lehre von der exceptio doli (1892). Dazu Erman in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Rom. Abt., Bd. 14, S. 237.

erklärt, wo ipsa res in se dolum habet (l. 36 D. de verb. obl. 45, 1), d. h. wo durch die Erhebung des Klagebegehrens objektiv gegen die bona fides verstofsen worden ist, z. B. wenn der Kläger etwas fordert, was er doch, wenngleich aus anderem Grunde, zurückzuleisten verpflichtet ist (dolo facit qui petit quod redditurus est, l. 173 § 3 D. 50, 17). Der Richter galt durch die Einfügung der exceptio doli in die formula für ermächtigt, alle Umstände zu berücksichtigen, welche die Verurteilung des Beklagten als sachlich unbillig erscheinen liefsen. In dieser Anwendung pflegt die exceptio doli daher heute als exceptio doli generalis (oder doli praesentis) bezeichnet zu werden, während die Römer nur die eine exceptio doli kennen, welche zugleich als exceptio doli specialis und als exceptio doli generalis im heutigen Sinne wirkt. So vermochte die exceptio doli also alle anderen speziellen Exzeptionen zu vertreten und als allgemeiner (unsubstantiierter) Exzeptionsvorbehalt zu wirken, welcher den Beklagten in den Stand setzte, in judicio alle Umstände geltend zu machen, welche aus irgendeinem Grunde seine Befreiung herbeizuführen geeignet sind. Vor allem ward die exceptio doli durch diesen ihren weiten Inhalt das Mittel, dessen die römische Jurisprudenz und Praxis sich bediente, um die Umbildung des materiellen Rechts im Sinne der aequitas zu bewirken. Die exceptio doli ward gebraucht, um dem strictum jus, welches die streng wörtlich verpflichtenden Rechtsgeschäfte (vgl. § 76) regierte, die Spitze abzubrechen, um den wirklichen Sinn eines gegebenen formalen Versprechens gegen die Konsequenzen des Wortlauts, um die unterliegenden Verhältnisse (es war z. B. in irrtümlicher Voraussetzung einer Schuldverbindlichkeit versprochen worden) gegen die Rechtskraft des Formalkontrakts zu verteidigen, um Gegenansprüche im Wege der Retention (bei nicht gleichartiger Gegenforderung: z. B. Beklagter soll eine Sache restituieren, verlangt aber die Auslagen ersetzt, welche er auf die Sache gemacht hat)[12] oder

[12] Das Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) ist das Recht, die eigne Leistung zurückzuhalten bis der Gegner eine ihm aus demselben Verhältnis obliegende (konnexe) Gegenleistung gemacht hat. Das Zurückbehaltungsrecht erzeugt als solches keine Klage, sondern nur eine Einrede, die exceptio doli generalis. Hauptfall: der actio arbitraria auf restituere

im Wege der Kompensation (bei gleichartiger Gegenforderung) geltend zu machen. Die exceptio doli ward die exceptio vor allen Exzeptionen, das Werkzeug, von der Hand römischer Jurisprudenz geführt, mit welchem das jus aequum sich rüstete, um auf allen Punkten der Linie das alte jus strictum aus dem Felde zu schlagen[13]. Solche Kraft und solcher Reichtum der Entwickelung vermochte sich in einer karg und knapp gefafsten Ausnahme zu bergen, welche der Prätor seinem Kondemnationsbefehl an den judex beifügte!

Der Ausnahme, welche die exceptio von dem Kondemnationsbefehl macht, kann ihrerseits durch replicatio wiederum eine Ausnahme zugunsten des Klägers[14], und dann der replicatio wieder durch duplicatio eine Ausnahme zugunsten des Beklagten beigefügt werden, auf duplicatio kann triplicatio folgen usf.

Die meisten exceptiones sind peremtorischer Natur (sogenannte exceptiones perpetuae oder peremtoriae), d. h. sie ruhen auf einem den Kläger schlechtweg mit seiner Klage ausschliefsenden Tatbestand (so die auf S. 318 als Beispiele genannten Exzeptionen), oder sie sind exceptiones dilatoriae, d. h. sie schliefsen den Kläger nicht schlechtweg, sondern nur jetzt (er klagt zu früh) oder nur in dieser Form (z. B. er klagt durch einen ungeeigneten Stellvertreter) von der Klage aus. Die exceptio peremtoria steht der Klage an sich, die exceptio dilatoria der Klage nur in dieser bestimmten Art ihrer Geltendmachung gegenüber[15]. Der Erfolg der exceptio ist aber in den beiden Fällen nach klassischem Recht der gleiche. Auch auf Grund einer dilatorischen exceptio wird der Beklagte nicht blofs von dieser Klage (zu dieser Zeit oder in dieser Form), sondern überhaupt von der Klage, also schlechtweg, absol-

---

z. B. rei vindicatio, actio commodati directa) gegenüber hat der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht wegen notwendiger, unter Umständen auch wegen nützlicher Auslagen (vgl unten § 65). B.G.B. § 273. 274.

[13] Vgl. zu dem obigen A. Pernice, Labeo, Bd. 2, S. 112ff. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 317. 318.

[14] Ein Beispiel die replicatio doli gegenüber der exceptio legis Cinciae oben S. 241 a. E.

[15] Schultze, Privatr. u. Proc., S. 320.

viert. Eine Wiederholung der Klage war durch die mit der litis contestatio eingetretene Konsumtion der Klage (vgl. S. 281 294) ausgeschlossen.

Anhang. Praescriptio ist ein an den Anfang der formula gesetzter Vorbehalt, sei es zugunsten des Klägers (pro actore, z. B. die praescriptio: ea res agatur, cujus rei dies fuit, durch welche die konsumierende Wirkung der Klage auf die bereits fälligen Raten einer terminlichen Schuld beschränkt ward, Gaj. IV, § 131), sei es zugunsten des Beklagten (pro reo). Die praescriptio pro reo scheint die älteste Form der exceptio gewesen zu sein: die formula (das judicium) ward nur mit einem Vorbehalt gegeben. Gajus IV § 133 berichtet, dafs es zu seiner Zeit nur praescriptiones pro actore gab; früher gebräuchliche praescriptiones pro reo seien verschwunden und durch exceptio ersetzt. Sachlich war die praescriptio pro reo mit der exceptio gleichbedeutend. Als praescriptio pro reo ist gegen Ende des 2. Jahrh. die Einrede der Verjährung aufgekommen (praescriptio longi temporis, gleichbedeutend mit exceptio longae possessionis, unten § 54), an der dann der Name praescriptio hängen geblieben ist.

pr. I. de except. (4, 13): Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. § 1: Verbi gratia si metu coactus aut dolo inductus . . . stipulanti Titio promisisti . . . palam est, jure civili te obligatum esse; et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali, . . . ad impugnandam actionem.

§ 9 eod.: Perpetuae et peremtoriae (exceptiones) sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem, de qua agitur, peremunt: qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur. § 10: Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi . . . § 11: Praeterea etiam ex persona dilatoriae sunt exceptiones: quales sunt procuratoriae, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit.

pr. I. de replicationibus (4, 14): Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis.

Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut petere creditori liceat. Si agat creditor, et excipiat debitor, ut ita demum condemnetur: si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, — nocet ei exceptio, convenit enim ita; namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sunt; sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

§ 54.

Perpetua und temporalis actio. — Tempus utile.

Eine Reihe von actiones honorariae gab der Magistrat nur während einer bestimmten Frist. So wurden insbesondere die prätorischen Strafklagen, also diejenigen Klagen, welche nicht kraft Zivilrechts, sondern lediglich kraft des prätorischen Edikts eine Bufse einforderten (z. B. die actio injuriarum, unten § 85), vom Prätor nur während eines annus utilis gegeben. Andere Beispiele sind die ädilizischen Mängelklagen auf Grund des Kaufs (unten § 82): der Aedil gab die Wandelungsklage (actio redhibitoria) nur während sex menses utiles, die Minderungsklage (actio quanti minoris) nur während eines annus utilis. Solche befristeten Klagerechte heifsen actiones temporales. Die Klagbefristung schlofs Rechtsbefristung in sich, weil der Rechtsanspruch in allen Fällen der actiones honorariae lediglich auf der Klageverheifsung des (prätorischen bezw. ädilizischen) Edikts, genauer auf dem Versprechen des Prätors (des Aedilen), eine formula zu geben und damit den ordentlichen Rechtsweg zu eröffnen (judicium dabo) beruhte. War die Klageverheifsung befristet (intra annum, intra sex menses judicium dabo), so war zugleich das Recht befristet. Mit dem Ablauf der Frist erlosch die actio temporalis und mit ihr das Recht (auf Bufszahlung, auf Wandelung, auf Minderung des Kaufpreises).

Das Zivilrecht dagegen kannte grundsätzlich keine Klagbefristung. Die actiones civiles und neben ihnen die actiones honorariae, für welche der Prätor keine Fristbestimmung gesetzt hatte, waren actiones perpetuae. Nur ausnahmsweise hatte das Zivilrecht eine Fristbestimmung[1].

[1] So für die Klage de statu defuncti und für die querela inofficiosi

Aber ganz unabhängig von solchen Fristbestimmungen mufste ein anderer Gesichtspunkt mit Naturgewalt sich geltend machen: die Verschweigung, die in langwährender Nichterhebung des Anspruchs liegt. Der lange verschwiegene Anspruch hat die Vermutung gegen sich. Das konnte in judicio der bestellte Geschworene bei seiner freien Beweiswürdigung ohne weiteres berücksichtigen. Das fand dann auch die Anerkennung der Obrigkeit. Die Edikte der Provinzialstatthalter führten für die Vindikation von Provinzialgrundstücken zugunsten des gutgläubigen Erwerbers die longi temporis praescriptio ein: der Vindikationsberechtigte verschwieg sich in 10 bezw. 20 Jahren (unten § 64). Dem, der eine (nicht von ihm selber) verpfändete Sache gutgläubig per longum tempus als eine pfandfreie besessen hatte, ward in Italien eine exceptio annalis, in den Provinzen eine exceptio longae possessionis gegeben. Im übrigen berücksichtigte man die Verschweigung (den Nichtgebrauch des Anspruchs) je nach den Umständen von Fall zu Fall (vgl. z. B. die Entscheidung des Kommodus in l. 26 D. 22, 3)[2]. Endlich schritt die Kaisergesetzgebung ein. Durch Honorius und Theodosius ward (424 n. Chr.) für alle Klagen als Wirkung der Verschweigung die Verjährung eingeführt. Die Verjährung tritt regelmäfsig nach Ablauf von 30 Jahren, ausnahmsweise (so zugunsten von Kirchen und milden Stiftungen) nach Ablauf von 40 Jahren ein. Klagt der Kläger nach Ablauf dieser Zeit, so steht ihm die Einrede der Klagverjährung (praescriptio temporis) entgegen.

Die früheren Bestimmungen über Klagbefristung blieben bei Bestand. So sind actiones perpetuae jetzt die Klagen, welche

---

testamenti (unten § 113) eine Frist von fünf Jahren. Die fünf Jahre scheinen mit griechischem Verjährungsrecht zusammenzuhängen, Mitteis in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 27, S. 227. — Keine blofse Klagbefristung, sondern von vorneherein eine Rechtsbefristung bestimmte die lex Furia de sponsu (345 v. Chr.) zugunsten des sponsor und fidepromissor in Italia acceptus: er ward in zwei Jahren frei (biennio liberatur), Gaj. III, § 121 mit Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 25, S. 370, vgl. unten § 80 Anm. 3.

[2] Vgl. über diese Entwickelung Mitteis in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 26, S. 486. 487, Bd. 27, S. 226 ff., Lenel in Bd. 25, S. 370 ff. Bd. 27, S. 71 ff.

erst in 30 oder 40 Jahren verjähren; actiones temporales die kürzer befristeten Klagen.

Der zivilrechtliche Anspruch ruht nicht lediglich auf der Klageverheifsung. Die von Theodos II. eingeführte Verjährung auch der zivilrechtlichen Klage ist daher zwar Klagverjährung, nicht aber Rechtsverjährung.

In diesem Sinne ward die Befristung der Klage auch für die actiones temporales vom späteren römischen Recht aufgefafst und für das Recht des Corpus juris, welches von uns rezipiert wurde, das einheitliche Institut der Klagverjährung mit bald kürzeren, bald längeren Fristen ausgebildet, welche nur die Klagbarkeit des Anspruchs (die actio) aufhebt, nicht auch den Rechtsanspruch selbst. Wesentlich gleichen Sinn hat die Anspruchsverjährung des B.G.B. Sie bedeutet dauernde Hemmung des Anspruchs (durch Einrede: regelmäfsig nach Ablauf von 30 Jahren, daneben zahlreiche kürzere Fristen), aber nicht Erlöschen des Anspruchs. Es bleibt das Forderungsrecht als zwar in der Klage behemmtes, aber doch zahlbares Recht (ähnlich der naturalis obligatio, unten § 76a), es bleibt das Eigentum (falls es nicht inzwischen aus anderen Gründen untergegangen ist) bezw. das sonstige Recht. Ja, das dingliche Recht vermag noch nach Verjährung eines ihm entsprungenen dinglichen Anspruchs neue Ansprüche hervorzubringen, denn das dingliche Recht ist eine unerschöpfliche, auf jede neue Verletzung neu reagierende Anspruchsquelle. So verjährt der dingliche Herausgabeanspruch (z. B. die rei vindicatio des Eigentümers) wie nach römischem, so nach heutigem Recht nur diesem bestimmten Besitzer und dessen Rechtsnachfolger gegenüber; gegen einen nicht durch Rechtsnachfolge mit diesem Besitzer verbundenen neuen Besitzer erwächst dem noch bestehenden dinglichen Recht ein neuer Herausgabeanspruch, der durch keine Verjährungseinrede gehemmt ist. Das Wesen der Verjährung beruht darin, dafs sie keine Rechtsänderung hervorbringt. Dadurch unterscheidet sie sich von der Ersitzung (unten §§ 64. 69) sowie von dem die Servitut vernichtenden non usus (§ 69), auch von der sogenannten unvordenklichen Verjährung (der Anfang eines seit mindestens 40 Jahren bestehenden Rechtszustandes ist nicht mehr erinnerlich: memoria non exstat), die im römischen

Recht für einige Fälle, im früheren gemeinen Recht allgemein als das Bestehende rechtfertigend, d. h. als rechtsbegründend anerkannt war[8].

Der Lauf der Verjährung beginnt, sobald der Anspruch entstanden (actio nata) ist, sobald also das Forderungsrecht (ungehemmt durch Einrede) besteht, sobald das absolute Recht verletzt ist. Hängt die Entstehung des Anspruchs von einer Rechtsgestaltungshandlung des Berechtigten ab (z. B. Kündigung), so beginnt die Verjährung schon vor Entstehung des Anspruchs (vgl. B.G.B. §§ 199. 200). Es gibt Hemmungsgründe: die Verjährung steht still, so lange der Anspruch durch eine (nicht blofs die Art seiner Geltendmachung betreffende) Einrede behindert ist (vgl. B.G.B. § 202), nach römischem Recht aufserdem, so lange der Anspruch einem impubes zusteht (oder einem minor, falls es sich um einen kürzer als in 30 Jahren verjährenden Anspruch handelt) oder der Anspruch zu einem der väterlichen Nutzniefsung unterliegenden Kindesgut gehört (anders B.G.B. §§ 204. 206). Es gibt Unterbrechungsgründe (die bis dahin abgelaufene Frist wird nicht mehr angerechnet): Ausübung des Klagerechts durch den Anspruchsberechtigten, tätliche Anerkennung des Anspruchs durch den Anspruchsverpflichteten, z. B. Ausstellung eines Schuldscheines, Bürgenstellung, Teilzahlung (nach B.G.B. § 208 genügt die blofs wörtliche Anerkennung). Dem dinglichen Herausgabeanspruch gegenüber gilt zugunsten eines Rechtsnachfolgers des bisherigen Besitzers accessio possessionis: der Rechtsnachfolger rechnet sich die Besitzzeit seines Rechtsvorgängers an (also keine Unterbrechung der Verjährung); nur wenn der Besitz von einem Dritten ohne Rechtsnachfolge, z. B. durch Diebstahl, erworben wird,

---

[8] Nach römischem Recht ersetzt Unvordenklichkeit (vetustas) die obrigkeitliche Verfügung (vetustas pro lege habetur, l. 2, D. 39, 3): sie rechtfertigt das Bestehen eines öffentlichen Weges, einer Wasserleitung, einer Einrichtung zur Änderung des Regenwasserlaufs. Nach gemeinem Recht war die Unvordenklichkeit ein allgemeiner Rechtserwerbsgrund für alle nicht ersitzbaren, aber doch dauernder Ausübung fähigen Rechte: so für den Erwerb von regalen Gerechtigkeiten (z. B. Bergrecht) oder Patronatsrechten. Das B.G.B. hat die Unvordenklichkeit nicht; sie gilt nur noch für Rechtsverhältnisse des vorbehaltenen Landesrechts.

entsteht gegen ihn ein neuer Herausgabeanspruch mit neu beginnender Verjährung (vgl. oben). Bona fides des Herausgabeverpflichteten war nach gemeinem Recht (auf Grund einer Vorschrift des kanonischen Rechts) Voraussetzung der Verjährung des Herausgabeanspruchs. Das B.G.B. ist zu dem Standpunkt des römischen Rechts zurückgekehrt: guter Glaube des Besitzers ist Voraussetzung nur für die Ersitzung, nicht auch für die Verjährung

Das Jahr, welches der Prätor für seine Klagbefristungsfälle ansetzte, war ein annus utilis, d.h. eine Jahresfrist (365 Tage), in welche nur die Tage eingerechnet wurden, an denen die Klagerhebung tatsächlich möglich war (an denen Gerichtssitzung gehalten wurde, der zu Beklagende bekannt und mit der Klage belangbar war usf.). Entsprechend sind die sex menses utiles (sechsmal 30 Tage) für die actio redhibitoria zu verstehen. Daraus ergibt sich der Begriff des tempus utile. Tempus utile ist die Gerichtsfrist[4], in welche nur die Tage eingerechnet werden, an welchen die gerichtliche Handlung (nach klassischem Recht: die Handlung vor dem Prätor, dem Aedilen) möglich ist. Den Gegensatz bildet das sogenannte tempus continuum, die Frist, in welche grundsätzlich alle Tage eingerechnet werden. So bedeutet z. B. die Klagverjährungsfrist von 30 bezw. 40 Jahren ein tempus continuum in dem angegebenen Sinn. Sowohl für das tempus utile wie für das tempus continuum gilt die sogenannte Zivilkomputation, d. h. der Tag ist die kleinste Zeiteinheit (den Gegensatz bildet die sogenannte Naturalkomputation a momento ad momentum, die nur ausnahmsweise, im römischen Recht für die Berechnung der Minderjährigkeit, vorkommt). Als ersten Tag rechneten die Römer den Tag, in welchen das Anfangs-

---

[4] Nur für gerichtliche Handlungen (Klagerhebung und Erbittung der bonorum possessio, vgl. unten § 110) kommt kraft Rechtssatzes ein tempus utile vor. Auch die Erbittung der bonorum possessio nimmt den Prätor als Richter in Anspruch, nur dafs sie schon nach klassischem Recht regelmäfsig auch ohne feierliche Gerichtssitzung an den irgendwo angetroffenen Prätor gerichtet werden kann (de plano). Die Folge davon war natürlich, dafs in die Erbittungsfrist der bonorum possessio regelmäfsig nicht mehr blofs die Gerichtstage, sondern alle Tage nach erlangter Kenntnis des Erbfalls eingerechnet wurden (sofern nicht anderweitige Hindernisse sich geltend machten).

ereignis (in unserem Fall die actio nata) fällt; nach heutigem Recht wird als erster Tag der dem Anfangsereignis nächstfolgende Tag gezählt (B.G.B. § 187). Für den Rechtserwerb durch Zeitablauf (z. B. Ersitzung) genügte es nach römischem Recht, wenn der letzte Tag der Frist erreicht war (dies coeptus pro completo habetur), während die Klagverjährung erst mit Ablauf des letzten Tages sich vollendete. Unserem heutigen Recht ist der Satz: dies coeptus usw. und ebenso das tempus utile unbekannt, vgl. B.G.B. § 188.

L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7) (Paulus): In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait: ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur; ceterae intra annum.

L. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3) (Ulpian.): Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi: neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive rei publicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit.

§ 55.
Die Wirkung des Prozesses.

Der Prozefs hat zwei Haupthandlungen: die litis contestatio, die Formulierung des Rechtsstreits (oben S. 266. 293), und das Urteil, die Entscheidung des Rechtsstreits.

I. Die eigentümliche Wirkung der litis contestatio ist die deductio rei in judicium (die Rechtshängigkeit der Streitsache), d. h. derselbe Prozefs kann nun nicht noch einmal zur gerichtlichen Verhandlung gebracht werden: er mufs auf Grund dieser litis contestatio in diesem Verfahren endgültig zur Entscheidung gelangen. Mit der litis contestatio vollzieht sich die mafsgebende Ausübung des Klagerechts. Daraus

folgt: 1. Erst mit der litis contestatio wird die Klagverjährung unterbrochen. 2. Mit der litis contestatio wird das Klagrecht konsumiert. Wiederholung der Klage ist ausgeschlossen (bis de eadem re ne sit actio). Dem auf nochmalige gerichtliche Verhandlung derselben Frage (eadem quaestio) gerichteten Begehren steht (vgl. S. 294) die exceptio rei judicatae vel in judicium deductae im Wege[1]. 3. Die litis contestatio ist die Grundlage des Urteils. Das Urteil bezieht sich auf den Zeitpunkt der l. c. zurück. Kläger mufs bereits im Augenblick der l. c. das von ihm in Anspruch genommene Recht besessen haben. Andrerseits soll der siegreiche Kläger durch das Urteil in dieselbe Lage versetzt werden, als wenn sogleich zur Zeit der l. c. zu seinen Gunsten geurteilt worden wäre. Darum geht das Urteil auch auf Erstattung von Früchten der Zwischenzeit, von Schadensersatz usf.

Die Römer haben auf Grund dieser Wirkung die litis contestatio mit der Novation (Schuldverwandlung, vgl. unten § 80 II) verglichen. Es kann jetzt im Wege gerichtlichen Verfahrens nicht mehr die ursprünglich vom Beklagten geschuldete Leistung (das würde eine Wiederholung derselben Klage sein), sondern nur noch die Fortsetzung des begonnenen Verfahrens gefordert werden: ante litem contestatam dare reum oportere, post litem contestatam condemnari oportere (Gaj. III § 180). Es wird ferner infolge des Prinzips der Geldkondemnation (S. 309) nach klassischem Recht der ursprüngliche Anspruch des Klägers in einen Geldanspruch umgesetzt. Es wird endlich nach der litis contestatio auch ein an sich unvererblicher Anspruch (z. B. die actio injuriarum) als vererblich behandelt. Die Rechtshängigkeit der Sache, welche durch die litis contestatio bewirkt wird, hat zugleich die prozessualische Konsumtion und die prozessualische Wiedergeburt des geltend gemachten Anspruchs zur Folge (sogenannte novatio necessaria).

---

[1] Die sogenannte negative Funktion der exceptio rei judicatae (ihre Bestimmung, die konsumierende Wirkung des Prozesses geltend zu machen) ist die grundlegende. Aber es kann, wie im Text unter II bemerkt ist, die gleiche exceptio auch zum Zweck der Geltendmachung des Inhalts des Urteils gebraucht werden (sogenannte positive Funktion der exceptio rei judicatae).

II. Die eigentümliche Wirkung des Urteils ist seine Rechtskraft. Es wirkt (sobald es inappellabel geworden ist) wie eine Gesetzesnorm für diesen Einzelfall[2]. Es wird nicht blofs die Wiederholung desselben Prozesses, sondern auch jede spätere, der Entscheidung des Urteils direkt widersprechende Rechtsbehauptung durch Berufung auf das Urteil abgeschnitten (exceptio rei judicatae in ihrer sogenannten positiven Funktion)[3]. Ist der Beklagte zur Leistung kondemniert worden (oder hat er eine confessio in jure abgelegt, vgl. oben S. 63), so hat der Kläger auf Grund des Urteils (bzw. der confessio in jure und einer eventuell derselben nachfolgenden litis aestimatio, vgl. l. 6 § 2 D. 42, 2) die actio judicati, welche gegen den Leugnenden auf das Doppelte geht und zur Exekution, d. h. zur zwangsweisen Geltendmachung des klägerischen Rechtes führt.

III. Die Zwangsvollstreckung (Exekution) war im alten Recht grundsätzlich Vollstreckung gegen die Person (manus injectio, vgl. oben S. 275), welche den Schuldner in die Schuldknechtschaft brachte, mit Verkaufsrecht (trans Tiberim) und Tötungsrecht des Gläubigers (S. 57). Verkaufsrecht und Tötungsrecht wurden durch die lex Poetelia (313 v. Chr.) aufgehoben[4]. Aber die Schuldknechtschaft blieb, wenngleich jetzt tatsächlich nur in der Form der Schuldhaft wirkend, das grundsätzliche Zwangsvollstreckungsmittel des Zivilrechts. Mit der Person des Schuldners (der ja zum Gläubiger in Sklavenverhältnis trat) verfiel auch seine ganze Habe, wahrscheinlich ebenso seine ganze

---

[2] Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877) S. 80 ff.; O. Bülow, Gesetz und Richteramt (1885). A. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft (1900).

[3] Beispiel: Kläger hat sein Eigentum durch rei vindicatio siegreich durchgesetzt. Nach Herausgabe der Sache stellt der Beklagte seinerseits die rei vindicatio gegen den früheren Kläger an. Die exceptio rei judicatae in ihrer negativen Funktion ist ausgeschlossen, weil über eine Eigentumsklage des Beklagten noch nicht entschieden war, aber die exceptio rei judicatae in ihrer positiven Funktion ist möglich, denn der Eigentumsanspruch des Beklagten widerspricht (falls nicht ein neuer nach dem Urteil liegender Erwerbsgrund geltend gemacht wird) dem durch Urteil festgestellten Eigentum des Klägers.

[4] Kleineidam, Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia (Festgabe für Dahn) 1905.

Familie (der Umkreis seiner Gewaltunterworfenen) der Macht des Gläubigers. So schloſs die Vollstreckung gegen die Person eine Vollstreckung gegen das Vermögen in sich, aber nur mittelbar und indem sie ohne Rücksicht auf die Höhe der Schuld stets den ganzen Mann und das ganze Vermögen forderte. Das Ziel der alten Zwangsvollstreckung war nicht so sehr Befriedigung des Gläubigers (wie heute) als vielmehr die strafende Verhaftung der schuldnerischen Persönlichkeit mit allem, was sie ist und hat. Die Nichterfüllung einer rechtswirksamen Schuldverbindlichkeit war strafbares Delikt: die gesamte Rechtsordnung ist von der Urzeit zunächst in der Form des Strafrechts hervorgebracht worden.

Erst der Prätor gab unmittelbare Zwangsvollstreckung in das Vermögen: die missio in bona, d. h. Besitzeinweisung in das gesamte schuldnerische Vermögen zugunsten der Gläubiger, welche die missio von ihm erbeten haben. Ein von diesen Gläubigern (nach Ablauf einer gewissen Frist, während deren noch andere Gläubiger sich anschlieſsen konnten) aus ihrer Mitte erwählter Masseverwalter (magister) verkaufte das Vermögen als Ganzes (venditio bonorum)[5]. Der Käufer (bonorum emtor)

[5] Der magister ist einer der immittierten Gläubiger, welcher als erwählter „Meister“ dieses Gläubigerkreises die seinen Wählern durch die prätorische missio in bona gewährte private Macht zur Veräuſserung des ganzen Vermögens ausübt. Erlangt (nach der Magisterwahl, aber vor vollzogenem Vermögensverkauf) noch ein anderer Gläubiger vom Prätor missio in bona, so steht dieser andere Gläubiger, der den magister nicht mit gewählt hat, selbständig mit gleichen Rechten neben ihm. Der magister ist nur Organ seiner Wählerschaft, nicht Organ der Obrigkeit für die Leitung des Konkurses als solchen. Anders, wenn der Prätor nicht die Gläubiger immittierte, sondern dem Schuldner einen curator bonorum setzte, der das Vermögen in Verwaltung nahm, um die einzelnen Stücke zu versilbern und die Gläubiger durch Verteilung des Erlöses zu befriedigen. Das ist der sogenannte Distraktionskonkurs, der keine Entsetzung des Schuldners vom Gesamtvermögen und folgeweise keine Infamie zur Folge hatte. Die Gläubiger wurden hier nicht vom bonorum emtor, sondern, wie es sich gebührt, vom Schuldner selbst (durch dessen curator) befriedigt, und ein etwaiger Überschuſs kam dem Schuldner zugute. Dies „anständigere“ Verfahren, zunächst nur zugunsten verschuldeter Senatoren gehandhabt, wurde später allgemein zugelassen. Nur in diesem Kuratorenkonkurse ist die Idee unseres heutigen Konkursverfahrens (eines Gesamt-

zahlte den immittierten Gläubigern bestimmte Prozente ihrer Forderungen (dies war der Kaufpreis, für welchen er das Aktivvermögen erwarb). Also: eine Zwangsvollstreckung jedesmal in das ganze Vermögen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob alle oder nur einige, oder vielleicht nur ein einziger Gläubiger die missio in bona erwirkt hatte. Sowohl in dieser Tatsache wie in der Infamie, welche den Schuldner infolge der missio in bona traf, blieben noch die Erinnerungen der alten Personalexekution erkennbar: jedem Gläubiger galt nicht blofs das ganze Vermögen, sondern auch die Ehre des Schuldners als verhaftet.

So stand dem Gläubiger zur Wahl: einerseits Vollstreckung gegen die Person (nach Zivilrecht), andrerseits Vollstreckung gegen das Vermögen (nach prätorischem Recht). Nach einer lex Julia (wohl erst unter Augustus publiziert) schlofs der Schuldner durch freiwillige Vermögensabtretung (cessio bonorum), also durch freiwillige Herbeiführung der Exekution in sein gesamtes Vermögen, das Wahlrecht seiner Gläubiger aus: es hatte dann bei der Vermögensexekution (prätorischen Stils) sein Bewenden, der Schuldner ward ferner nicht infam und erwarb das beneficium competentiae, d. h. das Recht, dafs ihm bei der Zwangsvollstreckung der notdürftige Lebensunterhalt gelassen wurde (ne egeat; er wird nur kondemniert, in quantum facere potest)[6].

---

zwangsvollstreckungsverfahrens zugunsten aller Gläubiger) lebendig. Der alte magister ist immer lediglich ein Gläubiger, der in seinem und seiner Mandanten egoistischem Interesse vorgeht; der vom Prätor bestellte curator bonorum aber ist ein Vertreter des öffentlichen Interesses, welches die einheitliche Leitung des Konkurses und die gerechte Befriedigung aller Gläubiger, zugleich ohne unnötige Schädigung des Schuldners, fordert. Doch scheint die römische Entwickelung hier nicht zu einem vollen Abschlufs zugunsten des obrigkeitlich organisierten Kuratorenkonkurses gelangt zu sein. Es kommt ein von den Gläubigern erwählter „Kurator" vor, dessen Stellung unklar ist. Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozefs, 1905, S. 161 ff.

[6] Die Beschränkung der Zwangsvollstreckung (der Haftung) durch beneficium competentiae („Rechtswohltat des Notbedarfs") ist nach römischem Recht auch ohne cessio bonorum zuständig: den Soldaten gegenüber allen Gläubigern; Hauskindern, die erst soeben von der väterlichen Gewalt befreit sind, gegenüber den während des Gewaltverhältnisses kontrahierten Schulden; Ehegatten gegeneinander; Eltern gegenüber ihren

Neben dieser Gesamtvollstreckung in das ganze Vermögen (welche vom Kläger durch actio judicati herbeigeführt wurde)[7] hat dann der Prätor auch eine Sondervollstreckung in einzelne Vermögensstücke (Pfändung einzelner Sachen des Beklagten, sogenanntes pignus in causa judicati captum) ausgebildet, welche unter Umständen nach Ermessen des Prätors (extra ordinem, auf postulatio des Klägers) zur Anwendung kam. War der Beklagte im Verfahren extra ordinem (vgl. § 56) von dem Magistrat der Restitution oder Exhibition in bezug auf eine bestimmte Sache schuldig erkannt worden, so war in gleicher Weise ein unmittelbar auf die Herausgabe dieser Sache gerichteter Zwang (durch Androhung von Multen, d. h. Geldstrafen, nötigenfalls manu militari) möglich. In der späteren

---

Kindern; dem Patron gegenüber seinem Freigelassenen; ferner gegenüber der Klage auf Bestellung oder Rückgewähr einer dos; gegenüber der actio pro socio; gegenüber der Klage aus dem Schenkungsversprechen. Den Mafsstab der Beschränkung ergab der Bruttobestand des Vermögens (also ohne Berücksichtigung anderweitiger Schulden). Nur im Fall des Schenkungsversprechens entschied der Nettobestand, so dafs aus dem Schenkungsversprechen nur mit dem Überschufs der Aktiva über die Passiva (deducto aere alieno, l. 19, § 1 D. 42, 1) gehaftet wurde. Das B.G.B. hat das beneficium competentiae nur noch für den Fall des Schenkungsversprechens, und zwar mit der gleichen Mafsgabe wie im römischen Recht (B.G.B. § 519; in anderen Fällen, z. B. § 829. 1603, ist der Inhalt der Verpflichtung ipso jure beschränkt, so dafs hier keine blofse Beschränkung der Haftung, der Zwangsvollstreckung vorliegt). Im übrigen gelten heute zugunsten jedes Schuldners die Zwangsvollstreckungsbeschränkungen des Prozefsrechts (Z.P.O. § 811. 812. 850—852), die auf öffentlichrechtlichen (sozialpolitischen) Gesichtspunkten beruhen.

[7] Legisaktionenprozefs und Formularprozefs gaben das Urteil in die Hand eines von der Obrigkeit autorisierten Schiedsgerichts. Aber der private judex war ohne vollstreckende Gewalt. Darum bedurfte es zwecks Vollstreckung des Urteils einer neuen actio, d. h. eines erneuten Angehens der Obrigkeit: der actio judicati. In der Legisaktionenzeit hatte sie die Form der legis actio per manus injectionem (oben S. 275 ff.). Bestritt der Beklagte das behauptete Urteil oder wollte er bereits gezahlt haben, so kam es auch hier zu einem judicium (also im Formularprozefs zur formula). Aber er ward im Fall des Unterliegens zum Doppelten verurteilt (poena dupli, oben S. 276. 333). Die Regel war daher das Geständnis, so dafs das Verfahren in jure im Fall der actio judicati regelmäfsig nicht zu litis contestatio und judicium, sondern unmittelbar zur Vollstreckung führte. Leop. Wenger, Zur Lehre von der actio judicati, 1901.

Kaiserzeit ist das Extraordinarverfahren die ordentliche Form des Verfahrens und daher diese unmittelbar auf einzelne Vermögensstücke gerichtete Sondervollstreckung die grundsätzlich zur Anwendung kommende Form der Zwangsvollstreckung geworden (§ 57). Von den Strafwirkungen des alten Zwangsvollstreckungsrechts (Infamie und Vernichtung oder doch wenigstens Entkräftung der schuldnerischen Persönlichkeit durch jedesmalige Entsetzung von dem ganzen Vermögen) war keine Rede mehr: die privatrechtliche Verpflichtung befreite sich von der Form des Strafrechts. Die Zwangsvollstreckung des Zivilprozesses ist seitdem das, was sie heute ist, ein Vollstreckungsverfahren lediglich zur Befriedigung des Klageberechtigten.

§ 56.
Verfahren extra ordinem. — Interdicta. — In integrum restitutio.

I. Das Verfahren extra ordinem (judiciorum privatorum)[1] ist das Verfahren ohne Einsetzung eines judicium, also ohne litis contestatio (oben S. 266) und ohne Urteil (sententia, oben S. 268) im eigentlichen Sinne des Wortes. Die ganze Verhandlung bleibt vor dem Magistrat (in jure) und endigt auf Grund der magistratischen causae cognitio mit einem Entscheid des Magistrats selber (decretum, interdictum). Das Verfahren extra ordinem (Verfahren per cognitionem, nicht per formulam) dient der freien Gewalt des Magistrats (imperium) und bedeutet formell ein Verfahren im Verwaltungswege, im Gegensatz zu dem ordentlichen Prozefs (mit Bestellung eines judicium), dem Verfahren im Rechtswege. Während im ordentlichen Prozefs der Magistrat mit seiner Zwangsgewalt grundsätzlich zurücktritt und das ganze Verfahren mit einem Geschworenenurteil endigt, durch welches das Recht des Klägers lediglich in Form eines

[1] Wörtlich bedeutet Verfahren extra ordinem das Verfahren „aufser der Reihe“. Die extra ordinem zur Verhandlung kommenden Sachen waren an die echte Dingzeit (die Zeit des conventus, des rerum actus) und ebenso an die für die ordentlichen Sachen festzustellende Reihenfolge der Prozesse (ordo judiciorum) nicht gebunden; Hartmann-Ubbelohde (oben S. 265 Anm. 1) S. 418 ff.

zweifelsfreien Geldanspruchs klargestellt wird, so dafs es zur Herbeiführung der Vollstreckung einer zweiten Klage (der actio judicati) bedarf, ist das Verfahren extra ordinem von vornherein auf Entfaltung der magistratischen Zwangsgewalt (imperium) und auf Vollstreckung des obrigkeitlichen Willens durch die multae dictio, pignoris capio, missio in possessionem, körperliches Eingreifen der Unterbeamten des Magistrats (manus militaris) usf. angelegt. Das ordentliche Verfahren ist ein Verfahren mit der Macht des Rechts, das Verfahren extra ordinem ein Verfahren mit der frei waltenden Macht der Obrigkeit[2].

Die Entscheidung des Magistrats im Verfahren extra ordinem heifst, wie schon bemerkt ist, decretum oder interdictum. Das Interdiktenverfahren ist daher ursprünglich mit dem Verfahren im Verwaltungsweg und das Interdikt mit der Verwaltungsentscheidung des Magistrats gleichbedeutend.

Zu den Sachen, welche der Prätor im Verwaltungswege (durch Interdikt) erledigte, gehörten z. B. die Verhältnisse an öffentlichen Sachen (an öffentlichen Wegen, Flüssen usw.), an den Göttern geweihten Sachen, wie Tempel, Altäre usw. (res sacrae), an Begräbnisstätten (res religiosae), die Nachbarverhältnisse, Alimentenansprüche, Ansprüche wegen Vorenthaltung von Kindern oder Hausangehörigen, Streitigkeiten in Bausachen, Streitigkeiten zwischen dem ausziehenden Mieter und dem Vermieter usf., kurz alle Sachen, bei denen ein öffentliches, polizeiliches Interesse überwog. Auch Besitzstreitigkeiten fielen unter diesen Gesichtspunkt, d. h. Streitigkeiten über tatsächliche Besitzhandlungen (nicht über das Recht), über Besitzstörung oder Besitzentziehung. Das öffentliche Interesse der Friedenswahrung[3] duldete nicht, dafs die tatsächlichen Besitzverhältnisse durch nackte Gewalt gestört oder aufgehoben wurden. Der Prätor schritt im Verwaltungswege ein (extra ordinem) und erkannte durch Interdikt.

II. Interdiktenverfahren im technischen Sinn. Die Entscheidung des Magistrats extra ordinem hörte in einer Reihe von Fällen bald auf, eine wirkliche Sachentscheidung zu

---

[2] Vgl. A. Pernice in der Zeitschr. d. Sav.-Stiftung, Bd. 5, S. 29 ff.
[3] A. Pernice in der Zeitschr. der Sav.-Stiftung, Bd. 17, S. 195 ff.

sein. Das Tatsächliche des Falles zu untersuchen, war dem Prätor oft unmöglich. Er begnügte sich daher, den Grundsatz auszusprechen, nach welchem der Fall sich schlichtete, d. h. die von ihm, dem Prätor, aufgestellte Verwaltungsnorm den Parteien kund zu tun.

Zum Beispiel: es hat jemand dem andern eine Sache, etwa ein Grundstück, zu Bittbesitz (precario), d. h. auf beliebigen Widerruf, eingeräumt. Weigert der Empfänger (der Prekarist) nach erfolgtem Widerruf die Rückerstattung, so konnte man in solchem Fall den Prätor als Polizei- und Verwaltungsbehörde angehen und von ihm verlangen, dafs er extra ordinem (durch Interdikt) vorläufig den früheren Besitz des precario dans wiederherstellte, ohne damit über die Rechtsfrage (wer Eigentümer sei usw.) zu entscheiden. Ursprünglich wird der Prätor die Sache selber ihrem Tatbestand nach untersucht haben und erkannt haben, weil du, Beklagter, diese Sache precario von dem andern empfangen hast, so mufst du sie ihm zurückgeben. Aber nun wird es dem Prätor unmöglich, den Tatbestand wirklich festzustellen. Daher empfängt seine Entscheidung den ganz andern Inhalt: was du, Beklagter, precario von dem andern empfangen hast, das mufst du ihm zurückgeben (quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas, vgl. l. 2 pr. D. de precario 43, 26). Eine Entscheidung letzterer Art kann der Prätor ohne jede Untersuchung sofort abgeben, ja, er kann sie schon im voraus in seinem Album aufstellen und veröffentlichen. Aus der unbedingten ist eine bedingte Entscheidung, aus dem Interdikt alten Stils eine abstrakte Norm geworden, welche für diesen Fall nichts aussagt, welche nur die Regel gibt, nach welcher entschieden werden soll und nach welcher die Parteien sich zu richten haben, nicht aber die Entscheidung selbst. An Stelle eines Urteils wird den Parteien eine Vorschrift bekannt gegeben.

Eine solche Vorschrift, welche auf Antrag einer Partei in Verwaltungssachen vom Prätor den Parteien ausdrücklich zur Nachachtung kundgetan wurde, heifst jetzt interdictum im engeren und technischen Sinne. Interdiktenverfahren ist jetzt dasjenige Verfahren extra ordinem, welches nicht mehr eine

Entscheidung, sondern eine Vorschrift von dem Prätor erwirkt[4].

Aber die Parteien wollen doch zu einer Entscheidung gelangen: zu diesem Zweck ist im Anschluſs an das Interdiktenverfahren ein weiteres Verfahren notwendig. Die Regel ist, daſs mit sponsio und restipulatio verfahren wird (vgl. S. 295), d. h. die Parteien versprechen sich gegenseitig auf Anhalten des Prätors eine Vertragsstrafe für den Fall, daſs sie der vom Prätor ihnen speziell gegebenen Vorschrift (dem Interdikt) zuwider gehandelt haben (oder zuwider handeln werden), bzw. für den Fall, daſs der Gegner mit Unrecht zur sponsio herausgefordert worden ist. Aus sponsio und restipulatio wird dann im Wege ordentlichen Zivilprozesses Klage erhoben. Das Urteil in diesem Prozeſs ist zugleich das Urteil für den Interdiktenprozeſs. Auf Grund des Urteils über die Vertragsstrafe kann nicht bloſs die Strafe, sondern auch die Befriedigung des Interdiktenanspruchs im Wege eines arbitrium eingetrieben werden. Oder aber, es wird (in den Fällen der restitutorischen und exhibitorischen Interdikte) ohne sponsio und restipulatio, unmittelbar auf Grund des interdictum mit formula arbitraria auf Befriedigung des erhobenen Anspruchs (restituere oder exhibere) geklagt. Nur wo es sich nicht um positive Leistung des Gegners (restituere oder exhibere), sondern lediglich um ein Verbot, z. B. der Besitzstörung, handelt (die Fälle der prohibitorischen Interdikte), wo also nur Einforderung einer Strafe wegen Verletzung des Verbots möglich ist, stellt selbstverständlich das Verfahren cum sponsione (und also cum poena) den einzig möglichen Weg dar.

Das Interdiktenverfahren dient also jetzt nur dazu, um ein ordentliches Verfahren (mit judicium) vorzubereiten. Es ist dasjenige Verfahren, welches nicht nach einer Rechtsregel, sondern nach einer Verwaltungsnorm des Prätors entschieden werden will und welches deshalb für jeden Einzelfall die Sonderkundgebung

---

[4] Die Vorschrift kann gehen auf ein Herausgeben (restitutorische Interdikte), auf bloſses Vorlegen, z. B. eines Testaments (exhibitorische Interdikte), oder auf ein Unterlassen (prohibitorische Interdikte). Über die letzteren und deren grundsätzliche Gleichartigkeit mit den anderen Interdikten (sie erscheinen gleichfalls als bedingte Entscheidungen) handelt Pfersche, Die Interdikte des römischen Zivilprozesses, 1888.

der Verwaltungsnorm an die Parteien (das interdictum im formellen Sinn) erfordert. In Wirklichkeit liegt in diesem späteren Interdiktenverfahren eine actio vor, welche nur in bezug auf die Verhandlung in jure (zunächst Erlafs der Vorschrift usw.) von der einfachen actio sich unterscheidet. Im Justinianischen Recht ist jede Besonderheit des Interdiktenverfahrens in Abgang gekommen. Das Interdikt (die Vorschrift) wird nicht mehr für jeden Einzelfall den Streitteilen zu wissen gegeben, sondern gilt als ohne weiteres gemeinverbindlicher Rechtssatz, auf Grund dessen im gewöhnlichen Verfahren (welches aber jetzt extra ordinem vorsich geht, § 57) eine actio ex interdicto erhoben wird.

GAJ. Instit. IV § 139: Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit; quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet; formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta vocantur vel accuratius interdicta decretaque.

L. 2 pr. D. de precario (43, 26): Ait Praetor: QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS.

L. 1 pr. D. uti possid. (43, 17); Ait Praetor: UTI EAS AEDES, QUIBUS DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS: QUOMINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO.

L. 1. pr. D. de liberis exhib. (43, 30): Ait Praetor: QUI QUAEVE IN POTESTATE LUCII TITII EST, SI IS EAVE APUD TE EST, DOLOVE MALO TUO FACTUM EST, QUOMINUS APUD TE ESSET, ITA EUM EAMVE EXHIBEAS.

III. Die in integrum restitutio ist die vom Magistrat kraft seines imperium gewährte Aufhebung eines von Rechts wegen eingetretenen Rechtsnachteils durch Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) — also ein Schutz gegen das Recht (nicht wie die actio ein Schutz gegen das Unrecht), welcher durch die Unmöglichkeit, von Rechts wegen alle Einzelumstände im voraus zu berücksichtigen, notwendig wird. Das Recht mufs immer in gewissem Mafs verallgemeinern, d. h. von den Einzelumständen absehen. Es heifst also z. B.: hast du einen Vertrag in rechtsgültiger Form geschlossen, so mufst du ihn halten und kannst nicht

wieder zurück. Von dieser Regel kann das Recht Ausnahmen machen, indem es gewisse besondere Umstände, welche die Anwendung jenes Grundsatzes unbillig machen würden, berücksichtigt. Es verbietet z. B. die lex Plaetoria (um 190 v. Chr.), Minderjährige betrügerisch zu übervorteilen, und der Prätor gibt dem minor circumscriptus die exceptio legis Plaetoriae (oben S. 253), ja er gibt, den Gedanken der lex Plaetoria verallgemeinernd, auch dem betrügerisch übervorteilten Grofsjährigen eine exceptio (die exceptio doli, oben S. 239), um den Betrogenen gegen die rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts in Schutz zu nehmen. So entsteht ein Ausnahmsrecht (jus singulare, vgl. oben S. 28), durch welches das Recht Einzelumstände berücksichtigt, eine Selbstberichtigung des Rechts.

Aber diese Selbstberichtigung des Rechts reicht nicht immer aus, um Unbilligkeiten zu vermeiden. Es genügt nicht, dafs im Wege der Gesetzgebung (oder Quasigesetzgebung, wie im prätorischen Edikt) eine allgemeine Regel durch andere gleichfalls allgemein gehaltene Regeln beschränkt wird. Darum benutzt der Prätor sein imperium, um das Recht kraft seiner souveränen Machtvollkommenheit für den gegebenen Einzelfall zu berichtigen: dies ist die in integrum restitutio. Durch Dekret des Prätors wird auf Grund eigener prätorischer causae cognitio ein von Rechts wegen eingetretener Rechtsnachteil kraft des die vorliegenden Umstände berücksichtigenden prätorischen Ermessens wieder aufgehoben. Bestand der Rechtsnachteil in dem Verlust eines Klagerechts (z. B. durch Verjährung), so endigt das Restitutionsverfahren mit Erteilung der actio, d. h. der formula, und auf die in jure (von dem Prätor) erteilte Restitution folgt dann ein judicium, das sogenannte judicium rescissorium, d. h. die Untersuchung und Entscheidung über die restituierte Klage (actio restitutoria oder rescissoria). Das Restitutionsverfahren selbst wird immer vom Prätor selber (in jure) geführt und beendigt.

Es gab zwei Klassen von Restitutionsfällen:

1. Die restitutio minorum (XXV annis). Die Altersgrenze von 25 Jahren war zuerst von der vorhin genannten lex Plaetoria aufgestellt und mit Wirkung bekleidet worden[5]. Der

[5] Die lex Plaetoria (auch lex Laetoria genannt) scheint wegen der gegen einen minor XXV annis geübten fraus eine private Deliktsklage

Prätor hatte dann, wie wir bereits gesehen, durch sein Edikt über den dolus denselben Schutz gegen Betrug auch dem Grofsjährigen gegeben. Indem das prätorische Edikt so praktisch die Bedeutung der Altersgrenze von 25 Jahren aufhob, stellte es dieselbe in einem anderen Sinne wieder her. Der Prätor verhiefs nämlich den Minderjährigen nicht blofs im Fall des dolus, sondern schlechtweg seinen Schutz. Er erklärte in seinem Edikt, jegliches mit einem Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäft darauf ansehen zu wollen, ob es aufrecht zu halten sei. Der Minderjährige hatte also Aussicht, nicht blofs im Fall des Betrugs, sondern überhaupt, wenn der Erfolg des Rechtsgeschäfts zu seinen Ungunsten war, durch den Prätor die Wiederaufhebung des Rechtsgeschäfts (in integrum restitutio) zu erwirken. Daraus ging dann der allgemeine Grundsatz hervor, dafs, wenn ein Minderjähriger auf irgend eine Weise (sei es durch Rechtsgeschäft oder ohne Rechtsgeschäft) infolge seiner Minderjährigkeit zu Schaden gekommen sei, ihm in integrum restitutio gewährt werden könne.

L. 1 § 1 D. de minor. (4, 4): Praetor edicit: QUOD CUM MINORE QUAM VIGINTI QUINQUE ANNIS NATU GESTUM ESSE DICETUR, UTI QUAEQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM.

2. Die restitutio majorum (XXV annis). Unter Umständen kann auch für einen Grofsjährigen in integrum restitutio billig erscheinen. So namentlich im Fall seiner Abwesenheit (restitutio propter absentiam). Infolge seiner Abwesenheit war ihm z. B. eine Klage verjährt oder seine Sache von einem Dritten ersessen worden. Den Ausgangspunkt bildete hier der Fall der Gefangenschaft bei den Feinden. Dann wurden der Abwesenheit infolge von Gefangenschaft andere Abwesenheitsfälle (z. B. rei publicae causa), schliefslich alle begründeten Verhinderungsfälle gleichgestellt[6]. Wie die absentia, so kann auch Zwang (metus), Betrug (dolus), Irrtum (error) die in integrum restitutio für einen Grofsjährigen rechtfertigen.

---

gegeben zu haben, vgl. Pfaff u. Hofmann, Fragmentum de formula Fabiana (Wien 1888), S. 38 ff.; Krüger in der Zeitschr. d. Savigny-Stift., Bd. 9, S. 149 Anm. 5.

[6] Das Edikt über die in integrum restitutio propter absentiam s. oben S. 98.

Der Minderjährige hat also eine allgemeine Restitutionsverheifsung für sich: er braucht sich nur auf seine Minderjährigkeit zu berufen und darzutun, dafs er infolge dieser seiner Minderjährigkeit in Schaden gekommen sei. Der Grofsjährige aber hat nur für einzelne Fälle Aussicht auf Restitution (absentia, metus, dolus, error) und mufs nachweisen, dafs für sein Restitutionsbegehren ein solcher Einzelfall vorliegt.

Unserem heutigen Recht ist die in integrum restitutio unbekannt. Die restitutio majorum wird im B.G.B. ersetzt durch das dem rechtsgeschäftlich Geschädigten propter metum, dolum, errorem zuständige Anfechtungsrecht (oben S. 234. 238. 239). Die restitutio minorum hat im heutigen Recht überhaupt kein Seitenstück. Den Minderjährigen schützt nach unserem Recht seine beschränkte Geschäftsfähigkeit (wir haben keinen vollkommen geschäftsfähigen minor mehr, oben S. 255), und die für den Minderjährigen oder vom Minderjährigen unter Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters (unter Umständen auch des Vormundschaftsgerichts) vorgenommenen Rechtshandlungen sind als solche nicht mehr anfechtbar (während der römische minor gegen Rechtshandlungen seines Vormundes die in integrum restitutio haben konnte). Die höhere Entwickelungsstufe unseres bürgerlichen Rechts hat uns von dem souveränen Eingreifen der Gerichtsobrigkeit in Privatrechtsverhältnisse, von der in integrum restitutio wie von dem jus honorarium befreit.

§ 57.

Der spätkaiserliche Prozefs.

Die uralte Scheidung des ordentlichen Prozesses in jus und judicium hatte schon seit Ausbildung des Formularprozesses einen Teil ihrer ursprünglichen Bedeutung eingebüfst, da der judex durch das Mittel der formula in ein Werkzeug und Organ auch des vom Prätor gesetzten Rechts verwandelt worden war (oben S. 298). Das judicium empfing seine Normen durch dieselbe Macht, welche auch in jure regierte. Umgekehrt verlor der Prätor (und ebenso in den Provinzen die praesides provinciarum, welche hier die ordentliche Gerichtsbarkeit besafsen) seit der Festlegung des Edikts durch Hadrian (oben S. 96) das jus edicendi alten Stils: der Prätor (und praeses) war an das geltende Zivilrecht und das

(kraft des kaiserlichen Willens festgestellte) Edikt gebunden gleich dem judex. Die Verkündigung des Edikts durch den Prätor war nur noch eine Form. In Wahrheit war dem Prätor sein altes imperium genommen worden. Der Prätor ward zu einem blofsen Werkzeug der Rechtsanwendung gerade wie der judex, und zwar um so mehr, je mehr auf der einen Seite die Wissenschaft den Inhalt des geltenden Rechts entfaltete und klarstellte, auf der anderen Seite das Kaisertum als Träger der Rechtsentwickelung alle übrigen mitwirkenden Kräfte verdrängte[1].

So ward der judex zu einem Beamten und Gehilfen des Prätors und ebenso der Prätor tatsächlich zu einem Beamten und Gehilfen des Kaisers. Seit Diokletian ging die Gerichtsbarkeit in Rom auch formell von dem Prätor auf einen kaiserlichen Beamten, den praefectus urbi, über. In den Provinzen wurden, unter Aufhebung des alten Gegensatzes von Senatsprovinzen und Kaiserprovinzen, die praesides provinciarum überall zu kaiserlichen Statthaltern. Über ihnen standen die praefecti praetorio mit ihren Vikaren, gleichfalls sämtlich Gerichtsbarkeit in des Kaisers Namen übend. An die Stelle der republikanischen Formen und Magistraturen trat endgültig die Monarchie mit ihrem abhängigen Beamtentum. Die Grundlagen des alten Prozesses waren aufgehoben. Für das neu sich gestaltende Verfahren ward das Verfahren vor dem Kaiser vorbildlich.

Seit Begründung des Prinzipats konnte jede Rechtssache aus dem ganzen Reich an den Kaiser zur Entscheidung gebracht werden. Der Kaiser urteilte aber in allen Sachen, welche er an sich zog, ohne Bestellung eines geschworenen Schiedsrichters, entweder selber oder durch einen von ihm delegierten Stellvertreter (z. B. den praetor urbanus oder einen praeses provinciae)[2]. Der kaiserlichen Gewalt gegenüber war die Beschränk-

---

[1] Schultze, Privatr. u. Proc., S. 533 ff.

[2] So delegierte Oktavian alljährlich die „Appellationen" der hauptstädtischen Parteien dem praetor urbanus, vgl. Sueton. Octav. c. 33 und dazu J. Merkel, Abhandl. (oben S. 268 Anm. 7), Heft 2, S. 46 ff. — Mit der Delegation kann sich die Erteilung eines kaiserlichen Reskriptes an den judex delegatus verbinden (sogenannter Reskriptsprozefs). Das Reskript enthält die hypothetische Entscheidung des Rechtsfalls (si preces veritate nitantur). Mit der Erbittung des Reskripts (supplicatio, preces, libellus prin-

ung der magistratischen Befugnis, welche in der Nötigung zur Einsetzung eines judicium (eines von den Parteien gewählten Schiedsrichters) lag, nicht vorhanden. Nach Art dieses kaiserlichen Verfahrens ward auch von den kaiserlichen Beamten vorgegangen. In den dem Senat zugeteilten Reichsprovinzen blieb der republikanische Formularprozefs bis in das 3. Jahrhundert die ordentliche Form des Zivilverfahrens. In den Kaiserprovinzen aber trat, wie es scheint schon seit Augustus, an die Stelle des Formularverfahrens das Kognitionsverfahren, d. h. das Verfahren extra ordinem nach Art des Kaisers mit eigener causae cognitio der Obrigkeit. Der kaiserliche Provinzialstatthalter (bezw. ein sonstiger zuständiger Oberbeamter) entschied in Zivilsachen entweder selber oder überwies sie an seinen Unterbeamten (den Beamten des betreffenden Distrikts) zur Erledigung[8]. Der Unterrichter (judex pedaneus, judex datus, delegatus) ist gleichfalls Beamter. Er ist nicht mehr ein geschworener, von den Parteien zum Schiedsrichter erwählter Privatmann, sondern Stellvertreter des oberen Magistrats. Das Verfahren auch vor diesem Unterbeamten ist Verfahren vor der Obrigkeit, Kognitionsverfahren extra ordinem ohne Urteil eines vertragsmäfsig bestellten Schiedsrichters. Seit Diokletian ist die Teilung

cipi datus) verbinden sich die Wirkungen der litis contestatio. So erscheint das Reskript gewissermafsen als ein Abbild der Formel im Extraordinärverfahren. Aber das Wesen der formula ist an erster Stelle die schiedsvertragsmäfsige Formulierung, das Wesen des Reskripts die Entscheidung einer Rechtsfrage. Das Reskript will, dafs durch das Mittel des judex delegatus der Kaiser selbst urteile. Im Reskriptsprozefs fehlt der Schiedsvertrag und damit das judicium, das Verfahren in einem Schiedsgericht. Von einer vertragsmäfsigen Unterwerfung der Parteien unter das Reskript bezw. den kaiserlichen Delegaten ist selbstverständlich keine Rede. Daher ist der Reskriptsprozefs Extraordinärprozefs und der judex delegatus als solcher kein Privatmann und kein Schiedsrichter, sondern Vertreter der kaiserlichen Vollgewalt. — Praescriptio subreptionis heifst der Einwand des Beklagten, dafs Kläger bei Erbittung des Reskripts Tatsachen verschwiegen, praescriptio obreptionis das Vorbringen, dafs Kläger unwahre Tatsachen behauptet habe. — Über die sachliche Bedeutung des Reskriptsprozesses für die römische Rechtsentwickelung vgl. oben S. 122 ff.

[8] Vgl. Pernice in den Berliner Festgaben (oben S. 103 Anm. 10) S. 75 ff. und insbesondere Partsch, Schriftformel im röm. Provinzialprozefs (1905) S. 61 ff.

des Reichs in Kaiserprovinzen und Senatsprovinzen verschwunden. Das kaiserliche Verfahren gilt jetzt überall. Diokletian hat die bestehende Übung bestätigt, aber den Provinzialstatthaltern eingeschärft, dafs sie grundsätzlich selber zu entscheiden und nur bei wirklicher Behinderung einen judex pedaneus mit der Sache zu beauftragen hätten[4]. Ein Gesetz des Kaisers Julian v. J. 362 (c. 5 C. de ped. jud. 3, 3) beschränkte die Delegationsbefugnis der Statthalter geradezu auf die negotia humiliora. Es versteht sich von selber, dafs das Kognitionsverfahren nicht blofser Willkür, sondern einer Änderung, welche in der gemeinen Rechtsanschauung vor sich gegangen war, seinen Sieg verdankte. Die Magistratur republikanischen Stils war in der diokletianischen Monarchie verschwunden. Die souveräne Befehlsgewalt (imperium) war einem einzigen, dem Kaiser, vorbehalten. Die kaiserlichen Beamten in den Provinzen waren Beamte im heutigen Sinn, an das geltende Recht gebunden, ohne selbständige Gewalt. Damit aber war der ursprünglichen Rechtsanschauung, welche in der Entscheidung des Magistrats (des Beamten) kein Urteil im Rechtssinne sah, der Boden entzogen und die alte Scheidung in jus und judicium ihrer ursprünglichen Bedeutung beraubt worden. Der Unterschied von decretum und sententia bestand nicht mehr. Auch die Entscheidung des Magistrats (des Beamten) war zu einem Wahrspruch (sententia) geworden, dessen Kraft das Recht war, nicht mehr das imperium. Die Umbildung des Verfahrens aber war eine allmähliche. Auch bei der Delegation des Unterrichters ward ihm vom Oberbeamten häufig eine der alten formula ähnliche Anweisung zur Entscheidung des Rechtsstreits mitgegeben[5], und der Kläger blieb bei der Übung, vom Magistrat eine solche formelhafte Instruktion für den Unterrichter zu erbitten (im-

---

[4] Dies ist der Sinn von c. 2 C. de pedaneis judic. (3, 3). Vgl. A. Pernice in den Berliner Festgaben S. 77 und in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 7, S. 103 ff., Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 2, Abt. 2, 3. Aufl., S. 978.

[5] Wie im Kaiserlichen Reskriptsprozefs (Anm. 2). Vgl. Gradenwitz im Hermes, Bd. 28, S. 333. Mitteis ebendas., Bd. 30, S. 580, Bd. 34, S. 99—101. L. Wenger, Rechtshistorische Papyrusstudien (1902) S. 116 ff. Partsch Schriftformel, S. 120 ff. Mitteis, Urkunden (oben S. 130 Anm. 2) S. 121.

petrare actionem), Aber wie die Bestellung eines Unterrichters überhaupt, so war auch die Erteilung einer solchen Anweisung, ihr Umfang, ihre Art von dem Ermessen des Oberbeamten abhängig und von einer parteivertragsmäfsigen Annahme der formula sowie des bestellten judex war keine Rede mehr: der Prozefs hatte aufgehört, ein autorisiertes Schiedsgerichtsverfahren (ordentliches Verfahren im alten Sinne) zu bedeuten. Die jetzt eines sachlichen Grundes entbehrende Beschränkung des Unterrichters durch solche formula mufste bald als Belästigung empfunden werden. Zum Abschlufs kam die Entwickelung durch zwei Kaiserkonstitutionen des 4. und 5. Jahrhunderts, von denen die eine die „silbenstecherischen juris formulae“ verbot (c. 1 C. de formulis sublatis 2, 57 v. J. 342), die andere demgemäfs den Einwand des Beklagten, dafs vom Kläger keine actio impetriert (keine formula erbeten) worden sei, für unzulässig erklärte (c. 2 C. eod. v. J. 428). Auch hier war es eine langsam von selber vordringende Entwickelung, welche wie einst das Aufkommen, so jetzt den Untergang des Formularprozesses herbeiführte.

So war denn formell jetzt der ganze Prozefs ein Verfahren in jure (vor dem Magistrat oder seinem Stellvertreter), ein „Kognitionsprozefs“ geworden, und stellte formell das Verfahren extra ordinem jetzt das ordentliche Verfahren dar. Sachlich aber war ein Prozefs geschaffen worden, welcher ausschliefslich der Rechtsanwendung diente, insofern also die Züge des alten judicium an sich trug.

Die Erteilung der formula fiel weg; die Litiskontestation galt jetzt als vollzogen, wenn beide Parteien dem Beamten ihre Sache vorgetragen hatten (c. un. C. de lit. cont. 3, 9). Mit der formula ward die Notwendigkeit der Geldkondemnation und die damit zusammenhängende Enge noch des klassischen Prozefsverfahrens wegfällig (vgl. oben S. 309 ff.). Das Urteil konnte auf Naturalbefriedigung lauten, und weil der Beamte jetzt urteilte, konnte solchem Urteil auch die Naturalexekution (kraft öffentlicher Gewalt) nachfolgen. Mit der Naturalexekution entwickelte sich überhaupt die Spezialexekution durch pignoris capio, welche nicht jedesmal den Umweg durch das ganze Vermögen des Schuldners machte, um den einzelnen Gläubiger zu befriedigen (oben S. 337). Andererseits ward durch die Tatsache,

dafs der Beamte urteilte, jetzt auch die volle Entfaltung des Appellationsverfahrens herbeigeführt, welches bestimmt war, an die Stelle der Entscheidung des niederen Beamten die des höheren Beamten, in letzter Instanz die des Kaisers selbst zu setzen (vgl. S. 268 Anm. 7).

Also eine gröfsere Formfreiheit und Beweglichkeit des Prozesses, insbesondere des Urteils und Vollstreckungsverfahrens. Zugleich das Streben, durch das Mittel der Appellation an die kaiserliche Gewalt eine einheitliche Rechtsprechung für das ganze ungeheure Reich herbeizuführen[6].

Mit der formula war zugleich das letzte formale Element alten Stils und die letzte Erinnerung an die alte Selbstherrlichkeit der Magistratur hinweggefallen. Der Richter ward zu einem richterlichen Beamten in unserem Sinne, der Prozefs zu einem Urteil in des Kaisers Namen, der Kaisergewalt dienend und von der Kaisergewalt beaufsichtigt. Mit einem Wort: mit dem spätkaiserlichen Prozefs hatte der moderne Prozefs seinen Anfang genommen[7].

---

[6] Näheres über den spätkaiserlichen Prozefs bei v. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozefs des gemeinen Rechts in geschichtl. Entwickelung Bd. 3 (1866). Über einzelnes A. Pernice in der Zeitschrift d. Sav.-Stift., Bd. 7, Heft 2, S. 129 ff.; Kipp, Die Litisdenuntiation (1887); Baron, Abhandl. aus dem röm. Zivilproz., Bd. 3: Der Denuntiationsprozefs (1887). Mitteis, Urkunden S. 90 ff. 116 und in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 27, S. 350 ff.

[7] Vgl. Schultze a. a. O. S. 562 ff.

Zweites Buch.

Vermögensrecht.

Erstes Kapitel.

Sachenrecht.

§ 58.

Begriff der Sache.

Die Römer nannten res alle vermögenswerten Güter und unterschieden zwischen res corporales (Sachen) und res incorporales, die nur in der rechtlichen Vorstellung ein Dasein haben (z. B. Erbrecht, Rechte an fremden Sachen, Forderungsrechte, Schulden). Wir gebrauchen das Wort „Sache“ nur für res corporales und nennen im Rechtssinn Sachen die dem Verkehr erreichbaren und für den Verkehr durch ihre Natur bestimmten körperlichen Dinge. Damit ist das Gebiet der Sachenrechte, an erster Stelle des Eigentums, umschrieben. An Nicht-Sachen gibt es kein Eigentum, überkaupt kein Sachenrecht.

Nicht-Sachen sind also: 1. Die dem Verkehr nicht erreichbaren Dinge wie Sonne, Mond und Sterne. 2. Die für den Verkehr ihrer Natur nach nicht bestimmten Dinge wie der Körper des freien Menschen, auch der Leichnam (anders anatomische Präparate). 3. Die nicht körperlichen Dinge: es gibt kein Eigentum an Rechten, auch nicht an einem Vermögen, überhaupt nicht an Inbegriffen, d. h. an Gesamtheiten, die nur in der Vorstellung, nicht körperlich eine Einheit bilden. Ein

Sachinbegriff (sogenannte universitas rerum distantium), z. B. eine Herde, eine Bibliothek, ist keine Sache. Es gibt nach römischem Recht eine vindicatio gregis (l. 1 § 3 D. 6, 1), d. h. eine Gesamtvindikation zugunsten dessen, dem die Mehrzahl der Stücke gehört. An der Herde als solcher gibt es trotzdem kein Eigentum, sondern nur an den einzelnen Tieren. Ebenso gibt es keinen Niefsbrauch an der Herde als solcher, obgleich der Niefsbrauch an der „Herde" (ususfructus gregis) den Niefsbraucher verpflichtet nach Beendigung des Niefsbrauchs eine gleich grofse Herde zurückzugeben (also die Herde in Stand zu halten), während der Niefsbraucher des einzelnen Tieres nichts herausgibt, wenn das Tier inzwischen gestorben ist (vgl. l. 70 § 3 D. 7, 1). Der Sachinbegriff kann also für die Auslegung eines Rechtsgeschäfts, z. B. der Niefsbrauchsbestellung (Gesamtverfügung) oder einer Klage (Gesamtvindikation) von Bedeutung sein, vermag aber doch niemals den Gegenstand eines besonderen Sachenrechts darzustellen. 4. Auch Sachteile sind keine Sachen. Es fehlt ihnen das selbstständige körperliche Dasein. Der Apfel am Baum gehört dem Niefsbraucher nicht früher, als bis er vom Baum, d. h. vom Grundstück getrennt ist. Erst nach der Trennung ist der Sachteil selbständigen Eigentums fähig. Bis zur Trennung unterliegt er notwendig dem an der Sache bestehenden Recht (nur das Grundstück ist eine Sache, nicht der auf dem Grundstück stehende Baum noch der hängende Apfel). Wird eine bewegliche Sache Bestandteil einer anderen Sache (z. B. eines Grundstücks durch Einpflanzen), so erlischt notwendig das bisher an ihr bestehende Eigentum (vgl. § 64 III). Nur an Sachen gibt es Eigentum[1].

---

[1] Die Verbindung zweier Grundstücke zu einem einzigen Grundstück (vgl. B.G.B. § 890) hat als solche keine rechtsändernde Wirkung. Wird ein fremdes Grundstück im Grundbuch meinem Grundstück zugeschrieben, so werde ich dadurch allein noch nicht Eigentümer, sondern das fremde Eigentum und insofern auch das fremde Grundstück besteht fort. Das will man ausdrücken, wenn man die Flächenbestandteile eines Grundstücks als „unwesentliche" (nicht notwendig einem einzigen Eigentum unterworfene) Bestandteile des Grundstücks bezeichnet. Im übrigen sind nach der richtigen Ansicht alle Sachteile „wesentliche Bestandteile" im Sinne von B.G.B. § 93, d. h. eines besonderen Eigentums unfähig: ihre Trennung (und ebenso ihre Verbindung) ist Änderung ihres körperlichen

Das römische Recht kennt den Begriff der zusammengesetzten Sache (sogenannte universitas rerum cohaerentium). Gemeint sind Sachen, die eine körperliche Einheit bilden, deren Bestandteile aber nicht bloſse Sachteile, sondern wiederum Sachen und deshalb selbständigen Eigentums fähig sind (also Sachen, die aus Sachen bestehen). Als Hauptfall dieser Art erscheint im Corpus juris das Gebäude. Das Gebäude als ganzes (universitas aedium l. 23 pr. D. 41, 3) steht im Eigentum des Grundeigentümers, aber das Eigentum am Gebäude schlieſst das Eigentum an den Baumaterialien (tigna) nicht in sich, d. h. die tigna bleiben selbständige Sachen. Nur daſs der Eigentümer der tigna während der Dauer der Verbindung sein Eigentum nicht geltend machen kann (dominium dormiens). Er hat auch nicht wie sonst in ähnlichen Fällen (vgl. l. 6 D. 10, 4) eine actio ad exhibendum auf Trennung und Vorlegung, um dadurch die rei vindicatio zu ermöglichen, sondern (schon nach den 12 Tafeln) nur eine actio de tigno juncto auf doppelten Wertersatz (vgl. l. 7 § 10. 12 D. 41, 1). Unserem B.G.B. ist der Begriff der zusammengesetzten Sache unbekannt: die tigna sind heute lediglich Sachteile, d. h. sie stehen notwendig im Eigentum des Gebäudeeigentümers (B.G.B. § 94). Es gibt nach heutigem Recht nur einfache Sachen, und darüber, was eine Sache im Rechtssinn ist, entscheidet die Anschauung des Verkehrs[2].

pr. I de reb. corp. (2, 2): Quaedam ... res corporales sunt, quaedam incorporales. § 1: Corporales eae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. § 2: Incorporales autem sunt, quae tangi non

---

Seins und Wesens und darum notwendig von sachenrechtlicher Wirkung. Sohm, Der Gegenstand (1905) S. 19.

[2] Die Lehre der Römer von den Sachen ist wesentlich durch philosophische also durch unjuristische Gesichtspunkte bestimmt worden, vgl. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht (1902), daher ihre vielfach unpräzise Art. Die Unterscheidung von zusammengesetzten und einfachen Sachen ist eine schwankende. In der berühmten Pomponiusstelle (l. 30 pr. D. 41, 3: tria sunt genera corporum, einfache Sachen, zusammengesetzte Sachen, Inbegriffe) erscheint unter den zusammengesetzten Sachen das Schiff und unter den Inbegriffen (die eine Art der corpora sein sollen) neben der Herde das Volk und die Legion!

possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.

Als der höhere Begriff über dem der Sache tritt im B.G.B. der Begriff des Gegenstandes auf. Gegenstände im Sinne des B.G.B. sind Sachen („körperliche Gegenstände" § 90) und Vermögensrechte (unkörperliche Gegenstände). Der Begriff des Gegenstandes ist präziser als der römische Begriff der „res". Er schliefst die Schulden und alle personenrechtlichen Rechte (so auch das Erbrecht) aus. Er begreift alle aktiven Vermögensbestandteile und bringt den Rechtssatz zum Ausdruck, dafs nur das Eigentum (die Sache fällt als Verkehrsgegenstand mit dem Eigentum zusammen) und die übrigen Vermögensrechte Gegenstand von Verfügungsgeschäften sein können (oben S. 179). Ein Inbegriff von Gegenständen (also nicht blofs von Sachen) heifst im B.G.B. „Gut" (z. B. eingebrachtes Gut) oder „Vermögen" (vgl. § 1363). In bezug auf solchen Inbegriff ist kein Sachenrecht, sondern nur ein Geschäftsführungsrecht (Verwaltungsrecht), d. h. ein Recht personenrechtlicher Art möglich (Gewalt über fremdes „Vermögen" bedeutet Gewalt über die fremde Person, vgl. z. B. § 1363. 2205 und oben S. 181). Unter Sonderverwaltung stehendes Gut nennt man Sondergut, Sondervermögen, universitas juris (z. B. das Vorbehaltsgut, das eingebrachte Gut der Frau, die Erbschaft in der Hand des nichtberechtigten Erbschaftsbesitzers, das römische peculium). Früher lehrte man für die universitas juris das Surrogationsprinzip (res succedit in locum pretii, pretium in locum rei). Aber es gilt wie nach römischem so nach heutigem Recht für die verschiedenen Fälle des Sonderguts verschiedenes Recht (auch in bezug auf die Surrogation, vgl. z. B. B.G.B. § 1370. 1381. 1382. 2019) je nach der Art des personenrechtlichen Verhältnisses.

§ 59.
Arten der Sachen.

I. Gewisse Sachen sind durch Rechtssatz (nicht schon durch ihre Natur) von der Fähigkeit, Gegenstand von Privatrechten zu sein, ausgeschlossen: die res extra commercium, nämlich:

a. Die res divini juris: die res sacrae (den Göttern geweihte Sachen, z. B. Tempel, Altar), die res sanctae (von den

Göttern befriedete Sachen, z. B. die Stadtmauern Roms), die res religiosae (die den diis Manibus geweihten Sachen, d. h. die Begräbnisplätze). Vgl. oben S. 213.

b. Die res publicae, die öffentlichen Sachen. Ursprünglich zählte zu den res publicae alles Eigentum des populus Romanus (Staatseigentum). Was dem römischen Volke gehörte, stand aufserhalb des Privatrechts (S. 212). Erst die Entwickelung der juristischen Persönlichkeit (Privatpersönlichkeit) der Gemeinden, dann des Staates, hat bewirkt, dafs das der Sonderwirtschaft von Staat und Gemeinde dienende Vermögen (welches den einzelnen nur mittelbar zugute kommt, wie z. B. das zur Erhaltung von Schulen, zur Pflasterung und Beleuchtung von Strafsen dienende Vermögen, vgl. oben S. 219 Anm.) als Eigentum einer juristischen Privatperson (des fiscus) in die Reihe der res privatae eintrat, an denen Eigentum und Verkehr nach den Rechtssätzen des Privatrechts möglich ist. Nach Justinianischem Recht sind daher res publicae im technischen Sinne nur noch die res publicae publico usui destinatae, d. h. diejenigen Sachen, welche dem Gemeingebrauch preisgegeben sind, welche allen einzelnen unmittelbar dienen, an welchen daher ausschliefsliche Rechte einzelner nach Art des Privatrechts grundsätzlich nicht vorkommen, wie z. B. öffentliche Wege, öffentliche Plätze, öffentliche Flüsse (öffentlich sind nach römischem Recht alle flumina perennia, nach heutigem Recht nur die schiffbaren Flüsse). Solche Sachen sind auch noch nach Justinianischem Recht dem Privatrecht entzogene Sachen, res extra commercium: an ihnen gibt es kein privates Eigentum. Welche Sachen öffentliche Sachen sind, bestimmt heute das Landesrecht (diese Rechtssätze sind ein Teil des öffentlichen Landesrechts). Auch die öffentlichen Sachen stehen heute im Eigentum (regelmäfsig des Staates oder der Gemeinde oder einer sonstigen öffentlichen Körperschaft), aber in sogenanntem öffentlichen Eigentum, d. h. über die Ausübung des Eigentumes bestimmt das öffentliche Recht[1]. Der Schutz des öffentlichen Gebrauchs

[1] Das blofse Veräufserungsverbot macht die Sache nicht zu einer res extra commercium. So war nach römischem Recht die Veräufserung einer im Rechtsstreit befindlichen Sache (res litigiosa) und ebenso eines im Rechtsstreit stehenden Anspruchs nichtig (l. 5 C. 8, 36). Aber die res litigiosa

erfolgt im Wege der Verwaltung, nach römischem Recht auch im Wege des Interdiktenverfahrens (oben S. 338): es gab interdicta privata zugunsten des Geschädigten (z. B. das interdictum ne quid in loco publico fiat, l. 2 pr. § 2 D. 43, 8) und interdicta popularia (z. B. das interdictum de loco publico, l. 1 D. 43, 7; ne quid in flumine publico fiat, l. 13 § 9 D. 43, 13). Das interdictum populare konnte jeder Bürger namens des geschädigten Gemeinwesens geltend machen (vgl. oben S. 308).

c. Die res omnium communes: Die freie Luft, die freifliefsende Wasserwelle, das Meer mit seinem Bett. Hier handelt es sich um solche „Sachen", welche (ebenso wie Sonne, Mond und Sterne oder wie die Atome und Uratome des Naturforschers) im Rechtssinn vielmehr überall keine Sachen sind: die Atmosphäre der Erde, das Weltmeer und die freifliefsende Wasserwelle (aqua profluens) sind kraft ihrer Natur dem Verkehr unerreichbar und nicht für den Verkehr bestimmt.

GAJ. Inst. II § 3: Divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae. § 4: Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictae sunt. § 5: Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. § 6: Religiosum vero nostra voluntate facimus, mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat. § 8: Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini juris sunt. § 9: Quod autem divini juris est, id nullius in bonis est.

§ 1 I. de rer. div. (2, 1): Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis et monumentis et aedificiis abstineat. . . . § 2: Flumina autem omnia et portus publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. § 3: Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. § 4: Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis; itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus ali-

---

stand trotzdem im gewöhnlichen Privateigentum. Im heutigen Recht ist die Unveräufserlichkeit der streitbefangenen Sache (ebenso des streitigen Anspruchs) beseitigt, aber die Veräufserung „hat auf den Prozefs keinen Einflufs", Z.P.O. § 265. 266.

quid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare; sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt.

II. Unter den res in commercio, welche also sämtlich gleichermaſsen fähig sind, im Eigentum zu stehen, treten folgende Unterschiede als rechtlich bedeutend hervor:

a. Res nullius (herrenlose Sachen) sind Sachen, welche tatsächlich in niemandes Eigentum stehen, z. B. das Wild im Walde. Sie werden durch Okkupation (unten § 64) zu Eigentum erworben.

b. Verbrauchbare (konsumtible) Sachen (res, quae usu minuuntur vel consumuntur) sind solche Sachen, welche bestimmungsgemäſs durch Verbrauch oder Veräuſserung gebraucht werden, z. B. Nahrungsmittel, Geld. An solchen Sachen ist kein Nieſsbrauchsrecht möglich, weil der Nieſsbraucher nur berechtigt ist, die Sache unter Erhaltung ihrer Substanz (salva rei substantia) zu gebrauchen; der sogenannte quasi ususfructus an Konsumtibilien bedeutet vielmehr Eigentum mit Rückleistungspflicht (unten § 69). Über das commodatum in bezug auf verbrauchbare Sachen vgl. unten § 79 I b.

Geld wird konsumiert durch Ausgeben, nach römischem Recht auch durch Vermischung mit anderem Gelde, so daſs die Unterscheidung der einzelnen Stücke nach ihrer Herkunft nunmehr unmöglich ist. Hat also z. B. jemand fremdes Geld gegeben, um eine Schuld zu zahlen oder ein Darlehen zu gewähren, so macht nicht die Übergabe (die Tradition), wohl aber nachfolgende Vermischung den Empfänger dennoch zum Eigentümer (si nummi mixti essent, nämlich mit anderem Gelde des Empfangenden, ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit, l. 78 D. de solut. 46, 3). Nach der Vermischung ist das fremde Geld als solches verschwunden, vom Empfänger konsumiert und ihm damit angeeignet worden. Daraus kann dann eine obligatorische Rückerstattungspflicht des Empfängers entspringen, vgl. § 83 I a. Das B.G.B § 948 behandelt die Geldvermischung (welche Ununterscheidbarkeit des eignen und fremden Geldes herbeiführt) gleich anderen Vermischungsfällen solcher Art nicht als Konsumtion, sondern als Sachverbindung (vgl. unten § 64 am Schluſs), so daſs zu unterscheiden ist, ob die fremde Geld-

menge im Verhältnis zu dem Geldvorrat, in den sie aufgegangen ist, erheblich oder unerheblich ist. Im ersteren Fall liegt Sachverbindung im engeren Sinne vor (keine der beiden Geldmengen erscheint als Hauptsache): es entsteht Miteigentum an den vermischten Geldstücken nach dem Wertverhältnis der beiden Geldmengen. Im zweiten Fall liegt Akzession vor (die gröfsere, nur unerheblich vermehrte Geldmenge erscheint als die Hauptsache) und der Eigentümer der gröfseren Menge ist Alleineigentümer des ganzen jetzt vorhandenen Geldvorrats. Nach dem B.G.B. mufs also der Akzessionsfall vorliegen, damit der Empfänger alleiniger Eigentümer des vermischten Geldes werde.

c. Vertretbare (fungible) Sachen (res, quae pondere, numero, mensurave constant) sind solche Sachen, welche im Verkehr nicht als Stücke, sondern nur als Mengen gehandelt zu werden pflegen, z. B. Wein, Getreide, Eier, Äpfel, Zigarren (nicht z. B. Pferde, Bücher, Grundstücke). Für das Gebiet des Sachenrechts ist die Vertretbarkeit gleichgiltig: Eigentum habe ich nie an einer Menge an solcher, sondern immer nur an bestimmten Stücken (an diesen 100 Flaschen Wein, nicht an 100 Flaschen). Anders auf dem Gebiet des Obligationenrechts. Wo vertretbare Sachen geschuldet werden, besteht in der Regel keine Stückschuld (Verpflichtung zur Leistung individuell bestimmter Sachen), sondern eine Gattungsschuld (Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Menge von bestimmter Güte, gleichgut welche Stücke gegeben werden), weil für vertretbare Sachen schuldrechtlich im Zweifel der Satz gilt: tantundem ejusdem generis est idem[2]. Doch ist die Gattungsschuld nicht mit der Schuld vertretbarer Sachen zu verwechseln. Die Gattungsschuld (der Schuldgegenstand ist nur seiner Art nach bestimmt, vgl. § 75 I) kann auch nichtvertretbare Sachen zum Gegenstand haben: ich kaufe z. B. Goethes Werke. Umgekehrt können vertretbare Sachen Gegenstand einer Stückschuld sein (ich kaufe diese Flasche

[2] Vertretbare Sachen werden dem Empfänger unterschiedslos zugezählt, „numero constant" (darin liegt das juristische Wesen des adnumerare) bzw. zugewogen, zugemessen (adpendere, admetiri), auch wenn vielleicht tatsächlich die einzelnen Stücke nicht genau gleich sind, z. B. beim Kauf von Weintrauben, Äpfeln, Eiern. Vgl. Karlowa in Grünhuts Zeitschr. f. Privat- und öffentl. Recht, Bd. 16 (1889), S. 411.

Wein). Aber in der Regel ist die Schuld zur Leistung vertretbarer Sachen eine Gattungsschuld (nicht umgekehrt). — Ein Darlehen, auch ein depositum irregulare kann nur durch Hingabe von vertretbaren Sachen (Geld, Getreide, Wein usw.) abgeschlossen werden (unten § 79). Geld gehört wie zu den verbrauchbaren so auch zu den vertretbaren Sachen (über den Rechtsbegriff des Geldes vgl. unten § 75 II).

d. Teilbare Sachen sind solche Sachen, welche ohne Wertminderung in mehrere, dem Ganzen gleichartige Sachen zerlegt werden können. So z. B. regelmäfsig Grundstücke, ein Stück Tuch (nicht aber der Rock), ein Quantum Wein usw. Die teilbare Sache wird im Teilungsprozefs (wenn Miteigentümer Auseinandersetzung begehren) körperlich (reell) geteilt, d. h. in mehrere Sachen zerlegt, während bei unteilbaren Sachen zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft anderweitig verfahren werden mufs (unten § 63 III).

Keine Sachteilung ist die sogenannte ideelle Teilung, welche vielmehr gemeinsame Berechtigung mehrerer mit Teilung des Rechtes an der Sache ist ohne Teilung der Sache. So z. B. beim Miteigentum.

e. Zubehör (Pertinenzen) sind körperlich selbständige aber wirtschaftlich unselbständige Sachen. Sie sind dienende Sachen (Nebensachen), die ihren vollen wirtschaftlichen Wert nur in der Unterordnung unter eine bestimmte andere Sache (die Hauptsache) besitzen. Beispiele: der Schrankschlüssel, der Hausschlüssel, überhaupt alle einer bestimmten anderen Sache körperlich angepafsten Sachen. Nach heutigem Recht sind Zubehör alle zum Dienst einer anderen Sache bestimmten Sachen (B.G.B. § 97), auch ohne körperliche Anpassung, so dafs heute auch das Inventar eines Landguts, die Ausstattung eines zu gewerblichen Zwecken eingerichteten Gebäudes Zubehör ist, vgl. B.G.B. § 98 (die Anpassung liegt in den letztgenannten Fällen lediglich in der Zahl oder in der Gröfse oder in dem Wechselverhältnis der dienenden Sachen)[8]. Das dingliche Recht an der Hauptsache er-

[8] Die Römer behandelten das Inventar eines Landguts dagegen nicht als Pertinenz: damit auch das Inventar vermacht sei, mufste der fundus instructus vermacht sein, das Vermächtnis des fundus schlofs das Vermächtnis des Inventars nicht in sich, l. 1 pr. l. 2 § 1 D. 33, 7. Der Pertinenz-

greift nicht auch das Zubehör (das Eigentum am Schrank schliefst nicht das Eigentum am Schlüssel in sich), denn das Zubehör ist nicht Sachteil, sondern eine körperlich selbständige andere Sache als die Hauptsache. Aber das Verpflichtungsgeschäft über die Hauptsache wirkt im Zweifel auch für die Nebensache: ist der Schrank verkauft, vermacht, so ist im Zweifel auch der Schlüssel verkauft, vermacht worden[4].

III. Geschichtlich von hervorragender Bedeutung war die römische Einteilung der Sachen in res mancipi (mancipii) und res nec mancipi (mancipii), d. h. (wörtlich) in „handgriffsfähige" und „handgriffsunfähige" Sachen. Die Hand (manus, munt) ist in der Urzeit das Symbol der Sondergewalt des einzelnen, des Sondereigentums. Die res mancipii der Urzeit sind die des Sondereigentums fähigen Sachen (oben S. 41). In geschichtlicher Zeit überträgt sich der Ausdruck mancipium auf die Rechtshandlung des „Handgriffs", die Manzipation, den feierlichen Kauf (vgl. S. 53). Res mancipi (mancipii) sind jetzt die manzipationsfähigen Sachen („Kaufschatz" im Sinn des jus civile) und res nec mancipi die manzipationsunfähigen Sachen. Nur res mancipi können durch das feierliche Verkaufsgeschäft des alten Rechts (die mancipatio, vgl. § 11) mit den besonderen

---

begriff war also bei den Römern ein engerer als heute. — Ziegel, die zwecks Hausbaus angefahren werden, sind weder Bestandteil noch Zubehör; Ziegel auf dem Dache sind Bestandteil; vorübergehend heruntergenommene Ziegel (detractae, ut reponerentur) sind Zubehör (sie sind diesem Grundstück nach Art und Zahl angepafst), vgl. l. 18 § 1 D. 19, 1.

[4] Das heutige Recht hat noch einen zweiten, dem römischen Recht unbekannten Rechtssatz: die Veräufserung und Belastung eines Grundstücks erstreckt sich (im Zweifel) auf das Zubehör (B.G.B. § 926. 1031. 1096. 1120). Für das Zubehör eines Grundstücks (z. B. das Inventar eines Landguts, einer Fabrik) gilt also das besondere, dafs nicht blofs das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch das Verfügungsgeschäft über die Hauptsache (das dinglich wirkende Rechtsgeschäft) im Zweifel zugleich für die Nebensache wirkt. In bezug auf das Zubehör beweglicher Sachen bleibt es auch nach dem B.G.B. bei dem römischen Rechtssatz, dafs nur das Verpflichtungsgeschäft, nicht auch das Verfügungsgeschäft für die Nebensache wirkt: Verkauf des Schrankes ist im Zweifel auch Verkauf des Schlüssels, aber Veräufserung des Schrankes (Tradition) schliefst niemals Veräufserung des Schlüssels in sich (das Eigentum am Schlüssel geht erst über, wenn auch der Schlüssel tradiert ist).

Wirkungen, welche ihm anhaften (Erwerb des vollen römischen, des sogenannten quiritischen Eigentums einerseits, Begründung der Gewährleistungspflicht, der actio auctoritatis gegen den mancipio dans andrerseits) veräufsert werden, und umgekehrt: die res mancipi kann nur feierlich, durch einen Rechtsakt juris civilis (die mancipatio oder was ihr gleichsteht, vgl. unten § 62), nicht unfeierlich (durch einen formlosen Rechtsakt juris gentium) erworben werden. Die res mancipi sind in der geschichtlichen Zeit die privilegierten Sachen des altrömischen Rechts, die Sachen, welche als der Grundstock des bäuerlichen Vermögens und zugleich des Nationalvermögens gelten, so dafs für den Verkehr mit solchen Sachen (weil den Staat interessierend) Öffentlichkeit und Mitwirkung des Gemeinwesens (sei es durch das Mittel der fünf Zeugen, sei es durch das Mittel der Obrigkeit) und, was für die alte Zeit als eine Hauptsache gedacht werden mag, Ausschlufs der Ausländer vom Erwerbe vorgeschrieben ist. Von der Manzipation, überhaupt von den Rechtsgeschäften des eigentümlich römischen Zivilrechts ist der Ausländer (Peregrine) als solcher ausgeschlossen. An „Manzipationssachen“ kann daher kein Ausländer Eigentum erwerben (es sei ihm denn durch Privileg das jus commercii verliehen worden, oben S. 74. 194). Für die beweglichen res mancipi begründet ihre Eigenschaft als solche eine Art Ausfuhrverbot. Die Tatsache, dafs der fundus Italicus (ursprünglich zweifellos nur der Grund und Boden im römischen Gebiet) res mancipi ist, bedeutet, dafs grundsätzlich nur der römische Bürger in Rom (dann in Italien) Grundeigentümer sein kann. Die res mancipi sind diejenigen Sachen, deren Veräufserung infolge des öffentlichen Interesses erschwert ist.

Res mancipi sind nach klassischem römischen Recht: der fundus Italicus (Provinzialgrundstücke sind, soweit nicht das jus Italicum, oben S. 197 Anm. 4, eingreift, als im Eigentum des römischen Volks befindlich, rechtlich ager publicus und deshalb dem echten Privateigentum entzogen, vgl. S. 212), die Rustikalservituten (Grundgerechtigkeiten, welche den Bestand des italischen Landguts erweitern, z. B. die Wegegerechtigkeit, Wasserleitungsgerechtigkeit, vgl. unten § 69), die Sklaven und die vierfüfsigen Zug- und Lasttiere. In

dem Katalog der res mancipi sehen wir das altitalische Bauerngut mit seinem zum „Hauswesen" (familia) gehörigen Inventar (Sklaven und Grofsvieh) vor uns. Die res mancipi heifsen altrömisch familia; die übrige Fahrhabe (res nec mancipi), deren Hauptstück das Kleinvieh (pecus) ist, führt den Namen pecunia[5]. In der geschichtlichen römischen Zeit bedeutete die Privilegierung der res mancipi die rechtliche Auszeichnung des Grundstücks (nebst zugehörigen Sklaven und Grofsvieh) vor der gemeinen fahrenden Habe, ähnlich wie im älteren deutschen Recht. Die spätere römische Rechtsentwickelung hat die Sonderstellung der res mancipi beseitigt (unten § 62. 63). Sie hat damit zugleich die privatrechtliche Privilegierung des Grundbesitzes aufgehoben. Im Recht des Corpus Juris werden alle Sachen, bewegliche und unbewegliche, grundsätzlich gleich behandelt. Nur ausnahmsweise wird noch ein Unterschied gemacht[6]. Nach dem Corpus Juris gilt ein einziges Sachenrecht gleichermafsen für alle Sachen.

Gaj. Inst. II § 19: Res nec mancipii ipsa traditione pleno jure alterius fiunt. § 22: Mancipii vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipii res sunt dictae.

Ulp. tit. 19 § 1: Omnes res aut mancipii sunt aut nec mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipii sunt; elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipii sunt, quoniam bestiarum numero sunt. § 3: Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipii.

§ 60.

Die Rechte an Sachen. — Arten des Rechtserwerbs.

Sachenrechte (oder dingliche Rechte) sind diejenigen Privatrechte, welche ein unmittelbares Herrschaftsrecht über eine Sache gewähren. Sie berechtigen ihren Träger, selber han-

[5] Vgl. jetzt insbesondere Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 79 ff.

[6] So für die Ersitzungszeit (unten § 64 II). Das interdictum unde vi galt nur für Grundstücke (§ 67). Der fundus dotalis ist unveräufserlich (§ 95). Vgl. auch die oratio divi Severi (§ 105 I).

delnd in bezug auf eine Sache vorzugehen. Weil die dinglichen Rechte schlechtweg dem Berechtigten die Befugnis geben, dafs er (in bestimmter Weise) handle, fallen sie unter den Begriff der absoluten Rechte, d. h. sie sind Rechte gegenüber jedermann[1]. Mein Eigentum oder sonstiges Recht an der Sache mufs jeder achten und vor mir zurückweichen, der nicht mir gegenüber zu einer Einwirkung auf die Sache berechtigt ist (etwa als Mieter oder als Niefsbrauchsberechtigter).

Den Gegensatz der Sachenrechte bilden die Forderungsrechte (unten § 73). Das Forderungsrecht (z. B. aus dem Mietvertrage) gibt mir nur das Recht, dafs ein bestimmter anderer, nämlich der Schuldner (z. B. der Vermieter) handle. Die Forderungsrechte sind deshalb Rechte nur gegenüber einem einzigen (dem Schuldner). Habe ich das Recht (z. B. auf Grund des Niefsbrauchs), ein bestimmtes Grundstück zu nutzen, also das Recht, durch eigne Handlung die Früchte des Grundstücks mir anzueignen usw., so habe ich ein dingliches Recht an dem Grundstück (das Recht unmittelbarer Herrschaft über die Sache). Habe ich dagegen nur das Recht (so auf Grund des Pacht- oder Mietvertrags), dafs ein bestimmter anderer (der Verpächter, Vermieter) mich das Grundstück nutzen lasse (Recht, dafs dieser bestimmte andere handle), so habe ich nur ein Forderungsrecht, kein Recht an der Sache (keine Gewalt über die Sache gegen jedermann), sondern nur ein obligatorisches Recht auf die Handlung einer bestimmten Person. Habe ich das Recht, schlechtweg über ein fremdes Grundstück zu gehen, so habe ich ein dingliches Recht (Wegeservitut): habe ich nur das Recht, dafs dieser Eigentümer mich gehen lasse, so habe ich ein Forderungsrecht. Das Forderungsrecht vermittelt sachliche Herrschaft nur durch fremde Handlung (durch Handlung des Schuldners); das Sachenrecht gibt unmittelbare (dingliche) Machterweiterung durch das Recht zu eigner Handlung. Das Wesen des Sachenrechts ist Selbstherrschaft.

Das vollste Recht an einer Sache ist das Eigentum. Dem

---

[1] Alle Rechte, selbst zu handeln (z. B. auch die Familiengewaltrechte, das Patentrecht, das Urheberrecht), sind absolute Rechte, die als solche den Gegensatz zu den Forderungsrechten bilden. Die Sachenrechte sind absolute Rechte über eine körperliche Sache.

Eigentum stehen die Rechte an fremder Sache (jura in re) gegenüber. —

Von dem Erwerb der Sachenrechte soll im Folgenden die Rede sein. So mag hier ein allgemeines Wort über die Arten des Rechtserwerbs seine Stelle finden.

Der Rechtserwerb ist entweder Gesamterwerb (acquisitio per universitatem) oder Sondererwerb. Gesamterwerb ist der Erwerb eines Vermögens als Einheit, also aller zu einem bestimmten Vermögen gehörigen Rechte durch einen einzigen, nämlich einen personenrechtlichen Erwerbsgrund. Hauptfall des Gesamterwerbs ist der Erbgang (unten § 108). Mit dem Eintritt in die personenrechtliche Stellung, z. B. die Stellung eines Erben (Gesamterwerbsgrund), vollzieht sich zugleich der Eintritt in alle zu dem betreffenden Vermögen, z. B. dem Nachlafs, gehörigen Vermögensrechte (Gesamtnachfolge, Universalsukzession). Die Vermögensrechte werden hier nicht als einzelne, sondern als zu einem bestimmten Vermögen gehörig und darum (vgl. oben S. 181) durch das Mittel eines personenrechtlichen Rechts, z. B. der patria potestas, des Erbrechts erworben. Von den Fällen des Gesamterwerbs und der Gesamtnachfolge handeln insbesondere Familienrecht und Erbrecht. Sondererwerb ist der Erwerb eines einzelnen Vermögensrechts („Gegenstandes") als solchen. Der Sondererwerbsgrund ist unmittelbar für das einzelne Vermögensrecht wirksam: Sondererwerb mehrerer Vermögensrechte fordert grundsätzlich mehrere Erwerbsgründe. Von den Sondererwerbsgründen handelt das Vermögensrecht (das auf die einzelnen Vermögensrechte als solche bezügliche Recht, oben S. 179. 281). Nur die Sondererwerbsgründe des Eigentums bezw. der übrigen Sachenrechte gehören dem hier darzustellenden „Sachenrecht" an.

Eine andere Unterscheidung ist die des abgeleiteten und des ursprünglichen Rechtserwerbs. Abgeleitet (derivativ) ist der von einem Rechtsvorgänger (Auktor) abgeleitete, d. h. von der Berechtigung dieses Rechtsvorgängers abhängige Erwerb. Der Erwerber ist nur Rechtsnachfolger. Er ist berechtigt nur, wenn der Rechtsvorgänger berechtigt war. Ursprünglich (originär) ist der Erwerb, der nicht durch Rechtsnachfolge vermittelt, also von der Berechtigung eines bestimmten Rechtsvorgängers unabhängig ist.

Der Gesamterwerb bedeutet immer nur abgeleiteten Erwerb. Es werden nur die zu dem Vermögen dieser bestimmten Person, z. B. des Erblassers, gehörenden Rechte erworben. Die Person, deren Vermögen erworben wird, ist der Rechtsvorgänger des Erwerbenden. Der Gesamterwerb wirkt immer Gesamtnachfolge.

Der Sondererwerb aber kann abgeleiteter oder ursprünglicher Erwerb sein. Abgeleiteter Sondererwerb (er wirkt die Sondernachfolge, Singularsukzession) ist der Erwerb durch Verfügung, z. B. durch Veräufserung, Belastung (oben S. 230)[2]. Er kann „translativer" Art sein: Erwerber erwirbt das gleiche Recht, wie es der Verfügende hatte (Fälle der Veräufserung). Oder er kann „konstitutive" Natur besitzen: Erwerber erwirbt ein anderes Recht, z. B. er erwirbt vom Eigentümer Pfandrecht, Niefsbrauch (Fälle der Belastung) bezw. er erwirbt Befreiung von einem Recht, z. B. von einem Pfandrecht des Gegners (dieser verzichtet) oder von einer Forderung (Erlafsvertrag). Immer ist der Verfügende[3] Rechtsvorgänger des Erwerbenden und der verfügungsmäfsige Erwerb des Sondernachfolgers durch die Berechtigung seines Rechtsvorgängers bedingt. Es gilt der Satz: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Ursprünglich ist nur der Sonderwerb nicht durch Verfügung als solche, also kraft anderweitigen Tatbestands. Der nicht verfügungsmäfsige Erwerb ist selbstverständlich von der Berechtigung eines bestimmten Verfügenden unabhängig: er ist in sich selber ruhender „originärer" Erwerb.

Für Rechte des Personenrechts haben diese Unterscheidungen keine Bedeutung. Aber für die Vermögensrechte spielen sie die gröfste Rolle. Das Sachenrecht handelt vom Sondererwerb der Sachenrechte und beruht auf dem Gegensatz der abgeleiteten und der ursprünglichen Erwerbsgründe.

---

[2] Die rechtsgeschäftliche Verfügung kann durch sogenannte Zwangsverfügung ersetzt werden, d. h. durch eine Verfügung, die entweder der Richter oder das Gesetz zu Lasten einer bestimmten Person trifft. Ein Beispiel richterlicher Zwangsverfügung ist die Pfändung im Vollstreckungsverfahren (vgl. B.G.B. § 135, 1); ein Beispiel gesetzlicher Zwangsverfügung die sogenannte cessio legis (unten § 87).

[3] Bezw. derjenige, auf dessen Rechnung der Richter oder das Gesetz verfügt (vgl. Anm. 2).

I. Das Eigentum.

§ 61.

Der Begriff des Eigentums.

Das Eigentum ist das seinem Inhalt nach unbeschränkte Recht der Herrschaft über eine Sache. Es unterscheidet sich von den Rechten an fremder Sache begrifflich dadurch, dafs es, so sehr es auch rechtlicher Beschränkungen fähig ist (z. B. durch Rechte anderer an der Sache), dennoch niemals durch seinen eigenen Inhalt beschränkt wird. Sobald daher rechtliche Schranken, welche dem Eigentum durch Rechte anderer oder durch öffentliche Vorschriften gesteckt waren, hinwegfallen, stellt das Eigentum sich immer von selber wieder als volle Herrschaft her (sogenannte Elastizität des Eigentums).

§ 62.

Der Erwerb des Eigentums. Geschichtliche Einleitung.

Das vorjustinianische Recht über den Erwerb des Eigentums unterschied acquisitiones civiles und acquisitiones naturales.

Acquisitiones civiles waren die Erwerbsarten des jus civile im engeren Sinn, also die dem römischen Recht eigentümlichen Erwerbsarten. Sie hatten sämtlich gemeinsam: Öffentlichkeit und Feierlichkeit. Die Feierlichkeit äufserte sich in den vorgeschriebenen Worten und Handlungen, die Öffentlichkeit darin, dafs das Gemeinwesen in irgend einer Weise beteiligt war, entweder durch fünf Zeugen (welche die fünf Klassen des römischen Volks vertraten) oder durch die Obrigkeit. Die zivilen Erwerbsarten waren: 1. die mancipatio (der rechtsförmliche Kauf vor fünf Zeugen und einem libripens, vgl. oben S. 53 ff.) und das damit zusammenhängende Vindikationslegat, d. h. das feierliche direkte Eigentumsvermächtnis im Manzipationstestament (unten § 112); 2. die in jure cessio (Eigentumserwerb durch Scheinvindikation vor dem Magistrat, oben S. 63. 64); 3. die adjudicatio (Zuspruch des judex im judicium legitimum beim Teilungsprozefs, unten § 63 III): 4. obrigkeitliche Verfügung sei es in der Gestalt der assignatio (der obrigkeitlichen Anweisung von ager publicus) sei es auf Grund

öffentlicher Versteigerung (z. B. der Kriegsbeute, venditio sub hasta).

Acquisitiones naturales waren die Erwerbsgründe des jus gentium. Sie sind unfeierlich, unöffentlich und bewirken den Rechtserwerb regelmäfsig durch das Mittel des Besitzerwerbes. Die wichtigsten naturalen Erwerbsarten waren Tradition und Okkupation.

Die Ergänzung dieser Erwerbsgründe war die Usukapion (Ersitzung), welche selber juris civilis ist, weil durch eigentümlich römische Rechtssätze ausgebildet (§ 64 II).

Der Unterschied der Erwerbsarten hing mit dem Unterschied der Sachen zusammen. Der Grundsatz lautete, dafs res mancipi (§ 59 III) nur durch zivile Erwerbsart zu rechtem römischen Eigentum (dominium ex jure Quiritium) erworben werden konnten[1]. Blofse Tradition oder Okkupation einer res mancipi gab nach Zivilrecht kein Eigentum. Aber der Prätor trat (etwa gegen Ende der Republik) reformatorisch dem Zivilrecht gegenüber. Er gab auch in dem Fall, dafs die res mancipi blofs formlos verkauft (oder sonst veräufsert) und tradiert war, dem Erwerber und gegenwärtigen Besitzer gegen die Eigentumsklage des Veräufserers (der ja nach formellem Zivilrecht Eigentümer, dominus ex jure Quiritium, geblieben war) eine exceptio rei venditae et traditae. Das dominium ex jure Quiritium, welches im Fall formloser Veräufserung bei dem Veräufserer zurückblieb, ward also durch den Prätor dem Erwerber gegenüber entwertet. Umgekehrt, wenn solchem Erwerber der res mancipi der Besitz abhanden kam, so hatte er zwar nach Zivilrecht keine Eigentumsklage (denn er war ja nicht Eigentümer, wegen des blofs formlosen Erwerbsakts), aber der Prätor gab ihm die sogenannte actio Publiciana in rem (unten § 66) und gab ihm damit tatsächlich wesentlich dieselbe Vindikationsbefugnis, als wenn er der rechte Eigentümer wäre. Also: der Prätor setzte das Eigentum des Zivilrechts (das quiritische Eigentum) beiseite und stellte ihm tatsächlich ein anderes

[1] Dem entsprach das allgemeine Prinzip, dafs nur zivilrechtliche Rechte durch zivilrechtliches Rechtsgeschäft unmittelbar übertragen werden können, Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 60.

Eigentum, ein prätorisches Eigentum, gegenüber, welches zwar nicht formell zum Eigentümer machte, aber doch durch exceptio und actio die Sache tatsächlich dem Vermögen (den bona)[2] des Erwerbers einverleibte. Daher die Bezeichnung des prätorischen Eigentums als in bonis esse (sogenanntes bonitarisches Eigentum). Dies bonitarische Eigentum kann auch an res mancipi durch naturale Erwerbsart erworben werden.

Durch sein Edikt verwandelte der Prätor also das Eigentum des alten Zivilrechts in eine blofse Form (nudum jus Quiritium). Der Unterschied der Sachen (ob res mancipi oder nec mancipi) und ebenso der Unterschied der Erwerbsarten (ob civiles oder naturales) war von prätorischen Rechts wegen beseitigt worden.

Für das Zivilrecht aber blieben die alten Unterschiede bei Bestand, und das klassische Recht ruht noch auf dem Gegensatz des dominium ex jure Quiritium und des in bonis esse. Erst Justinian hat hier den Abschlufs der Entwickelung herbeigeführt, indem er das quiritische Eigentum aufhob und das prätorische Eigentum (dem tatsächlichen Verhältnis entsprechend) nun auch formell für die einzige Art des Eigentums erklärte, für welches natürlich jetzt allein die naturalen Erwerbsarten in Frage kamen. Es gab jetzt nur ein einziges Eigentum und für alle Sachen gleichermafsen ein einziges System von Erwerbsgründen, nicht aber das des alten jus civile, sondern das des jus gentium. Für dies Justinianische Eigentumserwerbsrecht ist nicht mehr ein formaler Gegensatz, sondern lediglich der sachlich begründete Gegensatz von abgeleiteten und ursprünglichen Erwerbsgründen (oben S. 364) von Bedeutung.

§ 63.

Der Erwerb des Eigentums. Abgeleiteter Erwerb.

Sobald die Welt der Sachgüter vergeben ist, wird die vorwaltende Eigentumserwerbsart sein, dafs ich von einem

---

[2] Bona ist der prätorische Ausdruck für das aktive (in Sachen bestehende) Vermögen, der sowohl die res mancipi wie die res nec mancipi begreift. Der Prätor unterschied nicht zwischen familia und pecunia. Mitteis a. a. O. S. 84. 85.

anderen, d. h. durch Verfügung (Veräufserung) eines anderen Eigentum erwerbe. Dieser andere ist mein Rechtsvorgänger (Auktor, Gewährsmann). Ich folge ihm nach in sein Eigentum. Ich erwerbe das Eigentum nur dann, wenn mein Auktor wirklich Eigentümer war. Darin liegt das Wesen des abgeleiteten (derivativen) Eigentumserwerbes.

Die abgeleiteten Eigentumserwerbsgründe des Justinianischen Rechts sind: Tradition, Vermächtnis, Adjudikation.

I. Die Tradition ist die Besitzübertragung mit Willenseinigung über Eigentumsübertragung[1]. Nicht durch blofse Willenseinigung, sondern erst durch Übergabe des Besitzes wird das Eigentum (auch an Grundstücken) nach dem römischen Recht des Corpus Juris erworben. Es genügt und ist notwendig die Übertragung des juristischen Besitzes, des Herrenbesitzes, der auch als blofs mittelbare Macht über die Sache bestehen kann (vgl. § 67). Es bedarf nicht der Übertragung der Detention, des unmittelbaren Innehabens, d. h. es ist nicht nötig, dafs der Wechsel des Besitzes körperlich sichtbar sei. Die römische Tradition bedarf nicht der körperlichen Übergabe. Es gibt vielmehr eine Tradition durch constitutum possessorium, d. h. durch die blofse Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses (z. B. der Miete, der Verwahrung), kraft dessen der juristische Besitz auch ohne Detentionswechsel übergeht. Es genügt aber nicht etwa der Abschlufs des Kaufvertrags. Kauf ist kein Eigentumserwerbsgrund, sondern ein blofses Verpflichtungsgeschäft, welches den Eigentumserwerb zusagt (oben S. 230). Es genügt auch nicht, wenn mit dem Kauf etwa Willenseinigung über sofortigen Eigentumsübergang sich verbindet. Aber es genügt, wenn zu dem Kauf und zu solcher Einigung hinzukommt, dafs Verkäufer zugleich die Sache vom Käufer mietet oder sie für den Käufer in Verwahrung nimmt oder sie von ihm leiht usw. Dann ist nicht

[1] Auch die mancipatio schlofs ursprünglich die Besitzübertragung in sich. Aber der Handgriff konnte später als blofse Form ohne wirkliche Besitzergreifung vollzogen werden (so bei Veräufserung eines Grundstücks in der Ferne, oben S. 55 Anm. 5). Der mancipatio des klassischen Rechts ist darum der Besitzübergang nicht wesentlich: der Eigentumsübergang erfolgt durch blofse rechtsförmliche Einigung. Anders bei der Tradition.

blofs verkauft, sondern tradiert: durch den jetzt als Mieter, Verwahrer usw. innehabenden Verkäufer hat der Käufer zwar nicht die unmittelbare Inhabung, aber doch den juristischen Besitz (Herrenbesitz) erworben, und das genügt zur Tradition. Das Gegenstück zum constitutum possessorium bildet die brevi manu traditio[2]: die Tradition durch blofse Einigung darüber, dafs der als Mieter, Verwahrer usw. bereits Besitzende (er hat schon die Detention) von nun an Eigenbesitzer sei. Auch hier wird tradiert: der juristische Besitz geht über, aber ohne Detentionswechsel. In beiden Fällen wechselt der Herrenbesitz (der blofse Mieter, Verwahrer ist kein freier Herr der Sache) ohne Wechsel des unmittelbaren Besitzes. Das Wesen der römischen Tradition ist damit erfüllt[3].

Die Kauftradition überträgt nach römischem Recht das Eigentum nur, wenn der Preis gezahlt oder doch kreditiert ist[4].

---

[2] Die sogenannte longa manu traditio hat rechtlich nichts besonderes. Sie ist körperliche Übergabe nicht blofs des juristischen Besitzes, sondern auch der Detention, wenngleich aus der Ferne, vgl. unten § 67.

[3] Nach dem B.G.B. wird nur das Eigentum an beweglichen Sachen durch Übergabe und Einigung (über den Eigentumsübergang), d. h. durch einen der römischen Tradition entsprechenden Vorgang erworben. Die Übergabe des B.G.B. (§§ 929 ff.) unterscheidet sich jedoch dadurch, dafs sie Übergabe des körperlichen Besitzes (nicht blofs des Herrenbesitzes, den das B.G.B. nicht mehr kennt, unten § 67), also Detentionswechsel fordert. Das constitutum possessorium (es geht blofs mittelbarer Besitz über) wirkt nur als Ersatz der Übergabe, B.G.B. § 930 (ebenso wie die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931, die dem römischen Recht als Mittel der Eigentumsveräufserung überhaupt unbekannt ist). Die brevi manu traditio (§ 929 Satz 2) geschieht ohne Übergabe. In beiden Fällen wird nach B.G.B. nicht übergeben (aber doch derivativ Eigentum erworben), während nach römischem Recht in beiden Fällen wirklich tradiert wird. Der praktische Grund für den Standpunkt unseres Rechts liegt darin, dafs die Veräufserung durch Übergabe nach dem B.G.B. zugunsten des gutgläubigen Erwerbers nicht blofs derivativ, sondern auch originär wirkt, während die Veräufserung ohne Übergabe als solche nur derivative Kraft hat, B.G.B. §§ 932—934, vgl. unten Anm. 7.

[4] Vgl. l. 19 D. 18, 1 und oben S. 54 Anm. 4. Das klassische Recht verlangte übrigens als Surrogat der Zahlung satisfactio (Bürgenstellung); das blofse Kreditieren genügte nicht, die Gleichstellung des fidem emtoris sequi mit der satisfactio beruht auf Interpolation. Vgl. Enneccerus, Die Lehre vom Rechtsgeschäft, Bd. 1 (1888), S. 250 ff.; Mitteis, Röm. Privatr.,

Darin liegt, dafs die Tradition als kausales Zuwendungsgeschäft behandelt wird, d. h. die aus dem Grund der Tradition (causa) sich ergebende konkrete Beschaffenheit des Veräufserungswillens ist für die Wirkung der Tradition erheblich: weil der Parteiwille im Fall eines Kaufes nur auf kaufmäfsige Veräufserung geht, wird die Tradition erst nach Regulierung des Preises wirksam. Aber die Entwickelung drängt schon im römischen Recht dahin, den Traditionswillen als solchen, unabhängig von seiner konkreten rechtlichen Beschaffenheit (ob Schenkung, Darlehn oder was sonst dadurch vollzogen werden soll), Eigentum übertragende Wirkung zu geben, d. h. die Tradition als abstraktes Zuwendungsgeschäft zu behandeln. Das zeigt insbesondere das römische Kondiktionenrecht (unten § 83 I). Das zeigt auch die berühmte Entscheidung Julians (in l. 36 D. 41, 1), nach welcher bei Dissens über die causa (der eine will schenken, der andere nimmt das Geld als Darlehn, so dafs weder Schenkung noch Darlehn zustande kommt) das Eigentum dennoch übergeht (entgegengesetzt entscheidet Ulpian in l. 18 pr. D. 12, 1). Das B.G.B. behandelt vollends die Übereignung als abstraktes Rechtsgeschäft. Es mufs die Einigung über den Eigentumsübergang dasein. Sie wird regelmäfsig aus dem der Übergabe zugrunde liegenden Verhältnisse (aus der causa traditionis), daraus dafs kaufeshalber oder schenkungshalber usw. übergeben wird, hervorgehen. Aber für den Eigentumsübergang ist es gleichgültig, ob auch über die causa traditionis Einigung besteht, ob überhaupt das Kausalgeschäft wirksam zustande kommt: die Einigung über den Eigentumsübergang als solche wirkt heute selbständig den Wechsel des Eigentums.

Aber die Tradition bedeutet einen blofs verfügungsmäfsigen, d. h. einen blofs abgeleiteten Erwerbsgrund (oben S. 364). Der Tradent ist der Verfügende (Veräufsernde), der Erwerber sein Rechtsnachfolger (Singularsukzessor). Die Tradition überträgt Eigentum nur, wenn der Tradent (der Auktor) zur Verfügung

Bd. 1, S. 185 Anm. 71. — Das B.G.B. hat den obigen Rechtssatz nicht mehr. Auch die kaufmäfsige Übergabe überträgt sofort das Eigentum, wenn nicht die Bedingung des Eigentumsvorbehalts bis zur Preiszahlung beredet ist, B.G.B. § 455. Grundsätzlich wirkt heute die Übereignung als solche ohne Rücksicht auf die causa. Vgl. das im Text Folgende.

berechtigt ist[5]. Tradition des Nichtberechtigten macht nicht zum Eigentümer, es sei denn, daſs sie durch nachträgliche Genehmigung des Berechtigten oder durch späteren Rechtserwerb seitens des Nichtberechtigten (Tradent beerbt z. B. später den Eigentümer bezw. der Eigentümer beerbt später den Tradenten) „konvalesziert", d. h. nachträglich wirksam wird. Das römische Recht ist bei diesen Sätzen verblieben[6]. Erst unser neuzeitliches Recht hat, in Fortbildung mittelalterlich-deutschen Rechts, der Veräuſserungs-Übergabe von nicht gestohlener (noch sonst dem Eigentümer ohne Willen abhanden gekommener) Fahrnis an den gutgläubigen Erwerber (der ohne grobe Fahrlässigkeit den Veräuſserer für den Eigentümer hält) ursprüngliche Kraft beigelegt, so daſs heute auch bei Verfügung eines Nichtberechtigten kraft guten Glaubens Eigentum erworben werden kann[7].

L. 20 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Ulpian.): Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert.

L. 20 C. de pact. (2, 3) (Diocletian.): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

---

[5] Sei es als Eigentümer, sei es kraft dinglichen Rechts (z. B. des Pfandrechts), sei es kraft Auftrags des Eigentümers usf.

[6] Originäre, also von der Berechtigung des Tradenten unabhängige Kraft hat das römische Recht, und zwar erst in der späteren Kaiserzeit, nur beigelegt der Tradition des Fiskus, des Kaisers und der Kaiserin; der Geschädigte hat gegen den Tradenten einen Ersatzanspruch. Diese Fälle ursprünglichen Traditionserwerbs sind im B.G.B. verschwunden.

[7] Die Fahrnis-Veräuſserung durch Übergabe hat zugunsten des gutgläubigen Erwerbers nach B.G.B. § 932 schlechtweg ursprüngliche Wirkung (nur mit der Einschränkung des § 935 für gestohlene und abhanden gekommene Sachen); die Fahrnis-Veräuſserung ohne Übergabe wirkt originär nur bei Hinzutritt weiterer Umstände, § 929 Satz 2, §§ 933. 934. Das H.G.B. § 366 erleichtert das Erfordernis des guten Glaubens für den Fahrnis-Erwerb vom Kaufmann: es genügt der nicht grobfahrlässige Glaube, daſs Veräuſserer zur Verfügung berechtigt sei, z. B. infolge Auftrags des Eigentümers (während das B.G.B. den Glauben verlangt, daſs der Veräuſserer selber Eigentümer sei). — Für den Erwerb des Eigentums an Grundstücken bedarf es heute der Auflassung und wird der gutgläubige Erwerber hier durch die Rechtssätze vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt (B.G.B. §§ 892. 893).

L. 31 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Paulus): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Vgl. § 41 I. de rer. div. (2, 1), oben S. 54 Anm. 4.

Die römische Tradition hat etwas Formloses, zumal da sie ohne körperliche Übergabe möglich ist. Sie entspricht den Bedürfnissen des Fahrnisverkehrs (des Handelsverkehrs), der leicht zu handhabende Veräufserungsgeschäfte fordert. Sie ist denn auch dem jus gentium entsprungen (während das alte jus civile das römische Bauerngut mit seinem notwendigen Zubehör als res mancipi der Tradition entzog), und bedeutet der Sieg der Tradition über die Manzipation sachenrechtlich die Mobilisierung des Immobiliarvermögens. Die neuere (durch das B.G.B. für das ganze Deutsche Reich vollendete) Entwickelung ist in Anschlufs an älteres deutsches Recht zu der Sonderbehandlung des Grundstücks zurückgekehrt: Grundeigentum soll nur feierlich (durch Auflassung mit nachfolgender Eintragung in das Grundbuch) veräufsert werden können. Die Übereignung durch Übergabe ist wieder auf den Fahrnisverkehr beschränkt und das Grundstück also gewissermafsen aufs neue zum Range einer res mancipi erhoben worden.

II. Das Vermächtnis ist ein derivativer Eigentumserwerbsgrund, insofern der Testator nach römischem Recht durch letztwillige Verfügung seine Sache direkt jemandem als Vermächtnis zu Eigentum zuwenden kann (legatum per vindicationem). Es bedarf einer Besitzergreifung von seiten des Vermächtnisnehmers nicht; sobald vielmehr das Vermächtnisrecht geltend gemacht werden kann (dies legati venit), wird dem Legatar unmittelbar (ipso jure), ohne dafs es einer Handlung von seiten des Erben bedürfte, das Eigentum an der vom Testator ihm durch Vindikationslegat direkt zu Eigentum vermachten Sache erworben, vorausgesetzt aber, dafs der Testator Eigentümer war oder doch über das Eigentum verfügen konnte (daher ein abgeleiteter Erwerbsgrund). Anders heute, da das römische Vindikationslegat dem B.G.B. unbekannt ist. Das heutige Vermächtnis gibt dem Vermächtnisnehmer niemals mehr unmittelbar Eigentum, sondern immer nur ein Forderungsrecht (B.G.B. § 2174). Vgl. unten § 115.

III. Die adjudicatio ist der Zuspruch des Richters im Teilungsverfahren. Die gemeinsame Benutzung einer gemeinsamen Sache (mehrere Kinder haben z. B. ihren Vater beerbt) entspricht nicht immer den Interessen der Miteigentümer. Die Auseinandersetzung kann vertragsmäfsig (gütlich) geschehen. Gelingt die gütliche Einigung nicht, so bedarf es des gerichtlichen Teilungsverfahrens. Durch das Teilungsverfahren soll (um die Miteigentümer auseinanderzusetzen) Miteigentum in Alleineigentum verwandelt werden: entweder dadurch, dafs die Sache reell geteilt, d. h. in mehrere Sachen zerlegt und jedem der bisherigen Miteigentümer Alleineigentum an einer der neuen Sachen zugesprochen wird[8], oder dadurch, dafs einem der Miteigentümer die ganze Sache zu Alleineigentum zugesprochen wird, unter der Verpflichtung, die anderen Miteigentümer durch Geld zu entschädigen[9]. In beiden Fällen handelt es sich um Übertragung von Eigentum, nämlich um Übertragung des Miteigentums, soweit es den anderen condomini an derselben Sache zustand. Diese Übertragung, welche denjenigen, zu dessen Gunsten sie geschieht, jetzt in einen Alleineigentümer verwandelt, geschieht bei gütlichem Verfahren durch die Miteigentümer selber; dann bedarf es der Tradition (gegenseitiger Besitzübertragung). Im Teilungsprozefs geschieht sie nach römischem Recht durch Urteil des Richters (judex), den Zuspruch, die adjudicatio, welche ohne Besitzübertragung die Eigentumsveränderung herbeiführt, vorausgesetzt, dafs der Prozefsgegner wirklich der Miteigentümer war. Die richterliche adjudicatio überträgt das Miteigentum des einen Prozefsführenden auf den anderen. Sie bedeutet einen verfügungsmäfsigen, nämlich einen die Verfügung des Gegners ersetzenden öffentlich-rechtlichen Tatbestand (eine Zwangsverfügung, vgl. oben S. 364 Anm. 2. 3). Der Prozefsgegner, dessen Eigentumsrecht mir vom Richter zugesprochen wird, ist mein Auktor. Die adjudicatio ist ein derivativer Eigentumserwerbsgrund, abhängig von der Berechtigung dieses Auktors.

Das B.G.B. hat wie das Vermächtnis, so auch die adjudi-

[8] Dies geschieht nur bei teilbaren Sachen, oben S. 358.

[9] Dies geschieht bei unteilbaren Sachen. Die unteilbare Sache kann auch an einen Dritten verkauft und der Erlös geteilt werden.

catio als Eigentumserwerbsgrund beseitigt. Heute gibt es keine adjudicatio mehr (während das frühere gemeine Recht wie das Vindikationsvermächtnis, so auch die römische adjudicatio beibehalten hatte). Nach heutigem Recht haben auch im Fall des Teilungsprozesses die Miteigentümer sich durch eigne Handlung auseinanderzusetzen (B.G.B. § 752. 753). Der Teilungsrichter verurteilt sie zur Vornahme dieser Handlung; er führt nicht mehr, wie im römischen Recht, die Eigentumsveränderung selber durch Richterspruch herbei.

Von den abgeleiteten Eigentumserwerbsgründen des römischen Rechts ist in unserem heutigen Recht nur die Tradition geblieben, und auch diese nur, sofern sie in der heutigen Fahrnisübereignung sich widerspiegelt.

§ 7 I. de off. jud. (4, 17): Quod autem istis judiciis (divisoriis) alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

§ 64.

Der Erwerb des Eigentums. Ursprünglicher Erwerb.

Der ursprüngliche (originäre) Erwerb beruht nicht auf einer Verfügung als solcher (oben S. 364). Er bewirkt darum keine blofse Rechtsnachfolge. Er ist unabhängig von der Berechtigung eines bestimmten anderen. Er ist ein in sich selbst begründeter Erwerb. Für den ursprünglichen Erwerb gibt es keinen Auktor.

I. Die Aneignung (Okkupation) ist die älteste aller Eigentumserwerbsarten. Sie ist der Besitzerwerb an einer herrenlosen Sache mit dem Willen des Eigentumserwerbes. Res nullius occupanti cedit. Beispiele sind die Okkupation von wilden Tieren[1], von Muscheln oder Steinen am Meeresstrand, von derelinquierten Sachen. Im heutigen Recht kann die Okkupation durch landesgesetzliche Verbote oder Aneignungsrechte (z. B. Jagdrecht) be-

[1] Wilde Tiere sind alle nicht zum Haushalt gehörigen Tiere. Das an ihnen erworbene Eigentum geht unter, sobald sie ihre natürliche Freiheit wieder erlangen (l. 3 § 2. l. 5 pr. D. 41, 1. B.G.B. § 960. 961). Gezähmte wilde Tiere werden folgeweise herrenlos, wenn sie den animus revertendi aufgeben (l. 5 § 5 D. 41, 1. B.G.B. § 960, 3). Das Eigentum an wilden Tieren hängt also daran, dafs sie besessen werden (sei es auch von einem Diebe). Das Eigentum an Haustieren ist (gleich dem Eigentum an sonstigen Sachen) vom Besitz unabhängig.

schränkt sein, vgl. B.G.B. § 958, 2. Das römische Recht hatte den Grundsatz der Okkupations f r e i h e i t. Die Okkupation als solche war frei. Wohl aber konnte der Grundeigentümer den Dritten durch Verbot des Eintritts in sein Grundstück an der Okkupation hindern.

Die D e r e l i k t i o n (Preisgabe) ist das Gegenstück der Okkupation. Sie ist die Besitzentäufserung mit dem Willen der Eigentumsentäufserung (so z. B. das Wegwerfen der Apfelsinenschale, nachdem die Apfelsine gegessen worden ist). Sie macht, sobald die Besitzentäufserung körperlich v o l l z o g e n ist, die Sache herrenlos.

Derelinquierte Sachen können daher von jedermann okkupiert und so zu Eigentum erworben werden[2].

Von derelinquierten Sachen unterscheiden sich selbstverständlich v e r l o r e n e Sachen, also solche Sachen, welche w i d e r Willen abhanden gekommen sind. Hier ist nur der tatsächliche Besitz verloren, nicht das Eigentum. Die Sache ist nicht res nullius, sondern res alicujus und daher nicht okkupierbar. Der Finder wird nicht Eigentümer. Er ist vielmehr verpflichtet, für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache, sowie (soweit es ihm möglich ist) für die Rückerstattung derselben an ihren Eigentümer (z. B. durch Anmeldung bei der Polizei) zu sorgen. Auch nach heutigem Recht wird der Finder nur unter bestimmten Voraussetzungen Eigentümer (B.G.B. § 973); aber der Finder kann nach heutigem (nicht nach römischem) Recht einen Finderlohn verlangen (B.G.B. § 971).

Nicht derelinquiert und folglich nicht herrenlos sind auch die sogenannten missilia, d. h. Sachen, die als Geschenk unter das Volk geworfen werden. Der jactus missilium bedeutet nicht Preisgabe, sondern Übergabe (Tradition), nämlich Übergabe an eine erst durch nachfolgendes Ereignis sich bestimmende Person (sogenannte traditio ad incertam personam), ebenso wie heute die Übergabe durch Automaten: was nicht in der vorgeschriebenen Weise genommen wird, bleibt im Eigentum des Tradenten.

Allerdings aber wird als herrenlos behandelt der Schatz, der sogenannte t h e s a u r u s. Schatz im Rechtssinn ist ein vor so langer Zeit verborgenes Wertobjekt, dafs der Eigentümer gegen-

[2] Die Preisgabe eines G r u n d s t ü c k s ist heute besonders geregelt. B.G.B. § 928.

wärtig unbekannt ist (vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat l. 31 § 1 D. 41, 1). Der Schatz fällt zur Hälfte an den Finder, d. h. den Okkupanten (heute nach B.G.B. § 984 an den Entdecker, auch wenn er nicht der erste Besitzerwerber ist), zur anderen Hälfte an den Eigentümer der Sache, in welcher der Schatz gefunden ist. Schatzsuchen ohne Erlaubnis des Grundeigentümers bestrafte das römische Recht mit Verlust der Finderhälfte an den Eigentümer, ebenso Schatzsuchen unter Gebrauch von Zaubermitteln (Geisterbeschwörung) mit Verlust des gefundenen Schatzes an den Fiskus.

Nach römischem Recht war auch Feindesgut okkupabel, sobald es auf römischen Boden gelangte; war es ins Feindesland zurückgebracht, so fiel es durch jus postliminii von selber an den früheren Eigentümer zurück. Ebenso umgekehrt (zugunsten der Römer) römisches Eigentum, welches aus den Händen der Feinde in die Macht der Römer zurückkehrte[8].

§ 12 I. de rer. div. (2, 1): Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae in terra, mari, caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane, qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur.

§ 18 eod: Item lapilli, gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

II. Die Usukapion oder Ersitzung ist der Eigentumserwerb durch fortgesetzten Besitz.

Die Usukapion gehört zu den Selbstbeschränkungen, welche das Eigentum im Interesse seiner eigenen Sicherheit sich aufzuerlegen genötigt ist.

Alle Sicherheit würde aufhören, wenn das Eigentum unbeschränkt und durch alle Zeiten geltend gemacht werden könnte. Es mufs einen Augenblick geben, wo der frühere Eigentümer dem gegenwärtigen redlichen Erwerber gegenüber aufhört, Eigen-

---

[8] Über das postliminium in bezug auf Sachen Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 134. 135. Über das persönliche postliminium oben S. 202.

tümer zu sein, und der redliche Erwerber sich auch von Rechts wegen in den Eigentümer verwandelt. Diesen Zeitpunkt bestimmt nach römischem Recht die Usukapion.

Noch ein anderer Umstand kommt hinzu. Wenn etwa der Eigentümer in den Fall kommt, sein Eigentum klageweise gegen einen Dritten geltend zu machen, so mufs er sein Eigentum beweisen. Nun hat er etwa die Sache von einem Vormann durch Kauf und Tradition erworben. Das genügt aber nicht zum Nachweis des Eigentums. Denn die Tradition ist ein abgeleiteter Erwerbsgrund, und sein Vormann (sein Auktor) konnte ihn nur dann zum Eigentümer machen, wenn er (der Vormann) selber Eigentümer war. Also mufs ferner auch das Eigentum des Vormannes nachgewiesen werden. Nun hat aber dieser die Sache (denken wir z. B. an ein Haus) auch seinerseits durch Kauf und Tradition, also wiederum blofs durch abgeleiteten Erwerbsgrund erworben. So wird man auf den Vormann des Vormanns kommen und so fort: eine unendliche Reihe tut sich auf, und es ist einfach unmöglich, auf Grund des abgeleiteten Erwerbes zu einem Nachweis des Eigentums zu gelangen. Darum ist es nötig, dafs der abgeleitete Titel durch einen ursprünglichen ergänzt werde. Und dieser ursprüngliche Titel ist die Usukapion. Es ist nicht nötig, dafs ich auf alle Vormänner zurückgehe. Es genügt, darzutun, dafs die Sache redlich erworben, eine bestimmte Zeit hindurch besessen ist, dafs ich sie also jedenfalls usukapiert haben würde, falls ich durch die Tradition selbst noch nicht Eigentümer geworden wäre. Die Ersitzung ist dazu bestimmt, die Wirkung des derivativen Titels (Tradition) nach bestimmter Zeit endgültig und von dem Recht der Vormänner unabhängig zu machen. Sie ist die Ergänzung des verfügungsmäfsigen Erwerbs: sobald zu der Verfügung (dem derivativen Titel) Redlichkeit des Erwerbers und eine gewisse Dauer des Besitzes hinzutritt, ist der Tatbestand eines nicht lediglich verfügungsmäfsigen und darum ursprünglichen Erwerbsgrundes gegeben, der die Frage nach dem Recht der Rechtsvorgänger unnötig macht.

Um der Sicherheit sowohl wie um der Beweisbarkeit des Eigentums willen ist es also notwendig, dafs es eine Ersitzung gebe, dafs unter Umständen auch der an sich nicht berechtigte

Besitz dennoch nach gewisser Länge der Zeit in Eigentum sich verwandle.

Schon das altrömische Recht hatte diese Wahrnehmung gemacht und kannte einen Eigentumserwerb durch rechtmäfsigen Besitz (usus), welcher für unbewegliche Sachen die Zeit von zwei Jahren, für alle übrigen Sachen (ceterae res) die Zeit von einem Jahre forderte. Das sagte der Zwölftafelsatz: usus auctoritas (Ersitzung und Gewährleistungspflicht, vgl. oben S. 360) fundi biennium, ceterarum rerum annus esto (nach Ablauf der Ersitzungsfrist bedurfte es keiner Gewährleistung des Manzipanten mehr). Aber die usucapio der zwölf Tafeln war, weil dem jus civile angehörig, nur dem zugänglich, der das römische Bürgerrecht (wenigstens das jus commercii, oben S. 194) besafs. Sie war ferner nur an denjenigen Sachen möglich, an denen es quiritisches Eigentum geben konnte. So waren also sämtliche Provinzialgrundstücke (soweit nicht das jus Italicum, oben S. 197 Anm. 4, eine Ausnahme machte) der zivilen Usukapion entzogen, denn am fundus provincialis gab es nach römischem Recht nur ein Eigentum des römischen Staats (populus Romanus), kein Privateigentum (dominium ex jure Quiritium). Dennoch bestanden selbstverständlich auch in den Provinzen tatsächlich privater Grundbesitz (possessio) mit Kauf und Verkauf, Vererbung und Vermächtnis, kurz Grundbesitzverhältnisse, welche tatsächlich Privateigentum an Häusern, Gärten, Äckern bedeuteten. Einen Rechtsschutz gab es hier von römischen Zivilrechts wegen nicht. Die Edikte der Statthalter (praesides) in den Provinzen waren es, welche eine Form des Rechtsschutzes einführten, nämlich die praescriptio longi temporis: eine Klagenverjährung zugunsten des redlichen Erwerbers (oben S. 327)[4]. Hatte jemand auf Grund rechtmäfsigen Erwerbes (justo titulo) und

[4] Das älteste Zeugnis ein Reskript des Septimius Severus vom J. 199, Mitteis, Hermes, Bd. 30 S. 612ff. — Partsch, Die longi temporis praescriptio (1906) mit den Ausführungen von Mitteis bei Preisigke, Griech. Papyrus der Univ.-Bibliothek in Strafsburg i. E., Bd. 1 (1906) S. 86 und von Wenger in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 27 S. 373 ff. — Die Behandlung des Provinzialbodens als aufserhalb des jus civile und damit als aufserhalb des quiritischen Eigentums stehend, hat sich anscheinend erst gegen Ende der Republik durchgesetzt, Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 67 Anm. 12.

in gutem Glauben (bona fide) „lange Zeit“, nämlich zehn Jahre inter praesentes (der Gegner hatte mit ihm in derselben Provinz seinen Wohnsitz) oder zwanzig Jahre inter absentes (der Gegner hatte in einer anderen Provinz seinen Wohnsitz) das Grundstück besessen, so brauchte er sich auf die Klage des etwa an dem Gute Berechtigten nicht mehr einzulassen; er ward durch eine praescriptio (einen Vorbehalt zu seinen Gunsten, der an den Beginn der Formel gesetzt wurde, vgl. oben S. 325) geschützt. Unter den gleichen Voraussetzungen ward ihm dann auch eine Klage (in rem actio) gegen jeden Dritten gegeben. Immer wirkte die longi temporis possessio an erster Stelle als Verschweigung, Klagverjährung (sie ward deshalb durch Klagerhebung unterbrochen, liefs auch die dem Besitzer unbekannten Rechte an fremder Sache untergehen und lief nicht gegen Minderjährige, vgl. Anm. 8). Aber sie führte zugleich die Kraft einer Ersitzung mit sich: sie gab dem possessor nicht blofs eine Einrede, sondern eine Klage nach Art der Eigentumsklage, d. h. sie gab praktisch das Eigentum.

Justinian hat dann die zivile usucapio und die amtsrechtliche longi temporis possessio zu einem einzigen Institut verschmolzen. Die longi temporis possessio ward die Ersitzung des Eigentums an Grundstücken (es ward also nun gleichgültig, ob es sich um einen fundus Italicus oder um einen fundus provincialis handelte). Daneben blieb die Usukapion von Fahrnis, für welche jedoch die alte einjährige Frist auf drei Jahre erstreckt wurde. Also: das Eigentum an Grundstücken wird nach Justinianischem Recht in 10 (inter praesentes) oder in 20 Jahren (inter absentes) ersessen; das Eigentum an Fahrnis in drei Jahren. Es ist nicht nötig, dafs man selber die ganze Zeit hindurch den Besitz gehabt habe; man ist berechtigt, sich den Besitz seines Rechtsvorgängers anzurechnen (sogenannte accessio possessionis)[5]. Ja, der Faustverpfänder setzt

[5] Der Erbe ist berechtigt, sich nicht blofs die Besitzzeit, sondern auch die bona fides seines Erblassers anzurechnen, so dafs er (da nach römischem Recht mala fides superveniens non nocet) die Ersitzung trotz eigener mala fides vollenden kann (l. 2 § 19 D. 41, 4): sogenannte successio in usucapionem. Dementsprechend kann die vom Erblasser begonnene Ersitzung schon vor dem Erbschaftsantritt zugunsten des Erben sich vollenden (l. 40 D. 41, 3). Der Erbe (bezw. die ruhende Erbschaft) vollendet

seine Ersitzung an der weggegebenen Pfandsache fort, obgleich er gar nicht mehr besitzt (der „abgeleitete" Besitz des Faustpfandgläubigers kommt ihm für die Usukapion zugute, vgl. unten § 67. Anm. 2). Weitere Voraussetzung ist, dafs man einen Erwerbsgrund für sich habe, nämlich einen das Rechtsnachfolgeverhältnis begründenden (abgeleiteten) Erwerbsgrund, z. B. Tradition, einen sogenannten justus titulus, und dafs man in gutem Glauben sei, also von der Rechtmäfsigkeit seines Besitzes überzeugt sei, sogenannte bona fides[6]. Doch genügt nach römischem Recht, dafs die bona fides im Augenblick des Besitzerwerbes (im Fall eines Stückkaufes auch im Augenblick des Kaufgeschäfts) vorhanden sei (vgl. Anm. 5); später ein-

die Usukapion des Erblassers. Der Sondernachfolger dagegen hat blofse accessio possessionis: er vollendet seine eigene Ersitzung und mufs deshalb bei seinem Besitzerwerb selber in bona fide sein. Die accessio possessionis ergab sich aus dem Wesen der longi temporis praescriptio. Sie ist durch ein Reskript von Severus und Caracalla auch auf die zivile usucapio übertragen worden, Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 113. Das ältere Vorbild ist die accessio possessionis beim interdictum utrubi (unten § 67 Anm. 3).

[6] Die zwölf Tafeln hatten weder von Titel noch von bona fides gesprochen, sondern nur von Ausschlufs der Ersitzung gestohlener Sachen (überdies lag in dem Begriff des usus der des rechtmäfsigen Besitzes). So hatte die Jurisprudenz in der Behandlung der einzelnen Fälle einen gewissen Spielraum. Es wurden Fälle der Ersitzung ohne Titel und Fälle der Ersitzung ohne bona fides anerkannt. 1. Ohne Titel geht die Ersitzung vor sich, wenn das Vorhandensein eines Titels kraft entschuldbaren Irrtums, also mit Grund, angenommen wird (sogenannter Putativtitel), z. B. bei Erwerb von einem impubes, den man für einen pubes, von einem furiosus, den man für gesund hielt und halten konnte (l. 2 § 15. 16 D. 41, 4); ähnlich ist der Fall des Erben, der eine Sache entschuldbar für zum Nachlafs gehörig hält (l. 3 D. 41, 5) und des Nichterben, der sich entschuldbar für den Erben hält (l. 33 § 1 D. 41, 3). 2. Ohne bona fides vollzog sich die usucapio pro herede des alten Rechts (unten § 110) und die usureceptio (die Rückersitzung), deren Hauptfall die usureceptio ex fiducia war. Es genügte zur Rückersitzung der fiduziarisch (mit Auferlegung einer Treuverpflichtung) veräufserten Sache, dafs Veräufserer ein Jahr lang besafs (auch wenn es sich um ein Grundstück handelte: die „fiducia" ward als solche zu den „ceterae res" gezählt). Im Fall der fiducia cum amico contracta (oben S. 68), wo also die fiducia im Interesse des Veräufserers eingegangen war, genügte der Besitz schlechtweg. Im Fall der fiducia cum creditore contracta (die fiducia war hier im Interesse des Gegners ein-

tretende mala fides hindert den Fortgang der Ersitzung nicht (mala fides superveniens non nocet)[6a]. Die res extra commercium (oben S. 353 ff.) sind selbstverständlich von der Ersitzung ausgenommen: weil es überhaupt kein Eigentum an ihnen gibt. Andere Sachen sind, obgleich in commercio, doch durch positives Gesetz der Ersitzung entzogen worden (sogenannte res inhabiles). So die res furtivae nach den zwölf Tafeln und der lex Atinia, die res vi possessae nach der lex Julia et Plautia[7]. Damit hängt die von Justinian eingeführte sogenannte aufserordentliche Ersitzung (longissimi temporis praescriptio) zusammen: ist die Sache kraft positiven Gesetzes der Ersitzung entzogen (res inhabilis) oder fehlt dem Besitzer der Titel oder kann er den Titel vielleicht nicht mehr beweisen, so kann das Eigentum dennoch durch Besitz von 30 oder 40 Jahren ersessen werden, vorausgesetzt, dafs der Besitz bona fide erworben war; d. h. es genügt (falls bona fides vorhanden ist), dafs die Voraussetzungen der Klagverjährung erfüllt sind (oben S. 329). Ist der Besitz bona fide erworben und dann die Eigentumsklage gegen den Besitzer verjährt, so soll derselbe nicht blofs die Einrede der Klagverjährung, sondern positiv das Eigentum an der Sache erworben haben, also im Fall des Besitzverlustes auch seinerseits gegen jeden Dritten klagberechtigt sein. Der Dieb und Dejizient selber kann also (weil er in mala fide ist) auch durch aufserordentliche Ersitzung niemals usukapieren, wohl aber ein Dritter, der von ihm gutgläubig erwarb.

---

gegangen, oben S. 67) mufste die Zahlung der Schuld hinzukommen; ohne Schuldzahlung ging Rückersitzung durch blofsen Besitz nur dann vor sich, wenn der Besitz weder auf Miete noch auf Prekarium beruhte. Gaj. II § 59. 60. Die fiduziarisch veräufserte Sache galt im Verhältnis zum fiduziarischen Erwerber materiell immer noch als Eigentum des Veräufserers. Daher die Erleichterung der Rückersitzung, welche das fiduziarische Eigentum des Gegners zerstört. Dem justinianischen Recht ist die usureceptio (ebenso wie die fiducia) unbekannt.

[6a] Anders das kanonische Recht und dem entsprechend das frühere gemeine Pandektenrecht. Hier galt der Satz: mala fides superveniens nocet: die bona fides mufs während der ganzen Ersitzungszeit vorhanden sein.

[7] Aus dem Obigen ergeben sich die fünf Voraussetzungen der römischen ordentlichen Ersitzung, welche der Vers zusammenfafst: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

Die Ersitzung, die ordentliche, wie die aufserordentliche, ist gehemmt, so lange die Verjährung der Eigentumsklage gehemmt ist (vgl. oben S. 329). Sie wird unterbrochen, so dafs sie von neuem beginnen mufs (usurpatio), durch Unterbrechung des Besitzes und durch Erhebung der Eigentumsklage seitens des Eigentümers (bleibt der Prozefs liegen, so beginnt eine neue 40 jährige Ersitzung)[8].

Das Gebiet der Ersitzung war im klassischen römischen Recht ein doppeltes: einmal hatte sie die Aufgabe, den bonitarischen Eigentümer in einen quiritischen zu verwandeln, also den Rechtserwerb zu ergänzen gerade auch in dem Fall, wenn man vom Eigentümer erworben hatte (der formlose Erwerb einer res mancipi gab erst auf Grund der usucapio nach Ablauf von 1 bezw. 2 Jahren quiritisches Eigentum); zum andern diente sie dem Eigentumserwerb dessen, welcher vom Nichteigen-

[8] Die Unterbrechung durch Klagerhebung (seitens des Berechtigten, vgl. Mitteis a. a. O., oben Anm. 4, S. 86) entspricht dem Wesen der longi temporis possessio, die an erster Stelle Klagverjährung war. Die alte usucapio ward durch litis contestatio nicht unterbrochen, wenngleich der Beklagte, der erst post acceptum judicium (nach der litis contestatio) die Usukapion vollendete, zur Rückübertragung des Eigentums (tradere, nicht blofs restituere) verurteilt ward (Stellen dieses Inhalts sind von den Kompilatoren, offenbar aus Versehen, noch in das Corpus juris aufgenommen worden, z. B. l. 18 D. 6, 1). Aber durch symbolische Handlung (usurpatio civilis, z. B. durch Abbrechen eines Zweiges vom Grundstück, surculum defringere, Cicero de orat. 3, 28 § 110) konnte der Eigentümer (nur er, vgl. l. 5 D. 41, 3) gegen die usucapio protestieren und sie dadurch unterbrechen. Im justinianischen Recht steht an Stelle der alten usurpatio civilis die Klagerhebung, die im Notfall (in der Person des Gegners besteht ein Hindernis für die Klage) durch Protestation vor Gericht ersetzt werden kann, l. 2 C. 7, 40. — Auch sonst ist im justinianischen Recht das Recht der longi temporis possessio für die Ersitzung überhaupt mafsgebend geworden. Die justinianische Ersitzung beseitigt wie das frühere Eigentum so auch die dem redlichen Besitzer unbekannt gebliebenen sonstigen Sachenrechte (C. 7, 36; anders die das Recht der alten usucapio wiedergebenden Digestenstellen l. 1 § 2 D. 20, 1. l. 44 § 5 D. 41, 3; dem justinianischen Recht folgt das B.G.B. § 945). Die justinianische Ersitzung ist gehemmt, so lange ein Minderjähriger Eigentümer ist (l. 5 C. 2, 40; auch hier findet sich in den Digesten noch das abweichende Recht der usucapio, z. B. l. 2 D. 27, 5. l. 4 § 24 D. 44, 4; nach B.G.B. § 939 mit 206 gilt Hemmung nur der Vollendung der Ersitzung und nur wenn der Minderjährige ohne gesetzlichen Vertreter ist).

tümer gutgläubig erworben hatte (Beispiel: der Erbe hat mir die Sache verkauft und übergeben, welche er im Nachlafs des Erblassers vorgefunden und irrtümlich für Eigentum des Erblassers gehalten hat). Dort war es die mangelnde Form des Titels, hier war es die mangelnde Berechtigung des Auktors, was die Ersitzung notwendig machte. Im Justinianischen Recht ist der Gegensatz der Erwerbsgründe, ob formfrei (juris gentium) oder formbedürftig (juris civilis), hinweggefallen. Jeder Erwerbsgrund gibt volles Eigentum, sofern nur (bei abgeleitetem Erwerbe) der Auktor wirklich Eigentümer war. Es gibt daher jetzt im Fall des Erwerbs vom Eigentümer keine Ersitzung mehr, und ist nur die zweite Aufgabe der Ersitzung übriggeblieben: den, welcher vom Nichteigentümer erwarb, dennoch nach gewisser Zeit zum Eigentümer zu machen[9].

---

[9] Durch das Recht des B.G.B. ist die Bedeutung der Ersitzung wesentlich abgeschwächt. Nach dem B.G.B. verbindet sich mit dem verfügungsgeschäftlichen (abgeleiteten) Sacherwerb regelmäfsig sofort ursprünglicher Erwerb, wenn aufser dem Verfügungsgeschäft (der Veräufserung) guter Glaube des Erwerbers und Legitimation des Veräufserers (durch Eintragung im Grundbuch, durch Besitz der Fahrnis) vorliegt. Die Veräufserung des legitimierten (durch Grundbuch, durch Fahrnisbesitz als berechtigt ausgewiesenen) Veräufserers macht in der Regel den Gutgläubigen sofort zum Eigentümer, auch wenn Veräufserer nicht wirklich Eigentümer war. Der heutige Verkehr will die Ersitzungszeit nicht abwarten; er will sofort gesichert sein. Nur ergänzend tritt die Ersitzung ein (ähnlich der aufserordentlichen Ersitzung Justinians). Für die Fahrnisersitzung (B.G.B. § 937 ff.) wird zehnjähriger Eigenbesitz und guter Glaube (während der ganzen Ersitzungszeit: mala fides superveniens nocet) gefordert, kein Titel: sie tritt ein, wenn der Titel fehlt (also in den Fällen des Putativtitels, vgl. Anm. 6, insbesondere bei mangelnder Geschäftsfähigkeit des Veräufserers), ferner wenn der zu sofortigem Erwerb nötige gute Glaube fehlt (der Erwerber wufste, dafs Veräufserer nicht Eigentümer sei, hielt ihn jedoch für einen vom Eigentümer Beauftragten oder sonst Verfügungsberechtigten, vgl. oben S. 371 Anm. 7) und wenn die Fahrnis dem Eigentümer ohne Willen abhanden gekommen war (vgl. B.G.B. § 935: res furtivae werden also nach B.G.B. nicht sofort erworben, ausgenommen Geld usw., aber ersessen). Für Grundstücke gilt die sogenannte Tabularersitzung, die weder Titel noch bona fides, sondern nur 30jährige Eigentümer-Eintragung im Grundbuch mit Eigenbesitz fordert (B.G.B. § 900; blofser 30jähriger Eigenbesitz mit nachfolgender Ausschliefsung des Eingetragenen und nachträglicher eigener Eintragung genügt nach § 927).

pr. I. de usuc. (2, 6): Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave qua justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur: et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominium rerum, justa causa possessionis praecedente, adquiratur.

§ 1 eod.: Sed aliquando, etiam si maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat.

§ 2 eod.: Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem; vi possessarum lex Julia et Plautia.

III. Akzession nennt man eine Sache, welche vorher selbständig war, nunmehr aber wesentlicher Bestandteil einer anderen geworden ist, z. B. eine Pflanze, die ich in mein Grundstück einpflanze. Die Sache, welche Akzession geworden ist, hat aufgehört, selbständig dazusein. Es gibt aber ein Eigentum nur an selbständigen Sachen, nicht an Sachteilen (oben S. 351). Daher, wenn die Sache Akzession geworden ist, mufs mit ihrem selbständigen Dasein auch das frühere Eigentum, welches an ihr bestand, untergehen. Ich, dem die Hauptsache (die Sache, in welche die andere aufgegangen ist) gehört, bin jetzt jedenfalls auch Eigentümer der Akzession (z. B. der Pflanze), sollte dieselbe auch vorher einem anderen zu Eigentum gehört haben; denn diese Akzession ist jetzt ein ununterscheidbarer Bestandteil meiner Sache geworden und wird daher mit Rechtsnotwendigkeit von meinem Eigentum an dieser Sache

mitergriffen (wobei meine Pflicht, den früheren Eigentümer zu entschädigen, vorbehalten bleibt). In diesem Sinn ist der Vorgang der Akzession ein Eigentumserwerbsgrund, und zwar ein ursprünglicher (nicht verfügungsmäfsiger): es ist gleichgültig, wem vor der Verbindung etwa das Eigentum an der Akzession zugestanden haben mag.

Beispiele der Akzession sind: die ferruminatio (Anschweifsen eines eisernen Arms an die eiserne Statue; keine Akzession war den Römern die adplumbatio, die Verbindung durch Blei, bei welcher die Teilstücke erkennbar bleiben, l. 23 § 5 D. 6,1), die implantatio, die inaedificatio (das Haus als Ganzes ist Akzession des Grund und Bodens, vgl. oben S. 352), die alluvio (die Anschwemmung, durch welche der öffentliche Flufs ein Grundstück vergröfsert), die avulsio (die Anlandung: der öffentliche Flufs hat ein gröfseres Stück von einem höher liegenden Grundstück abgerissen und an mein Grundstück angeschwemmt; sobald es mit meinem Grundstück verwachsen ist, habe ich als an einer Akzession Eigentum daran erworben), der alveus derelictus (der öffentliche Flufs hat sein Bett verändert: das freigewordene Flufsbett fällt den Anliegern auf beiden Seiten als Akzession zu, jedem bis in die Mitte des Flufsbettes), die insula nata (teilweises Freiwerden des öffentlichen Flufsbettes: es gilt das gleiche wie beim alveus derelictus)[10].

§ 20 I. de rer. div. (2, 1): Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur. § 21: Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio appulerit,

[10] Der Erwerb nach Uferrecht (alluvio usw.) galt nach römischem Recht 1. nur bei öffentlichen Flüssen (oben S. 354); 2. nur für agri arcifinii, d. h. für Grundstücke, deren natürliche Grenze der Flufs war, nicht für die obrigkeitlich begrenzten agri limitati. — Über das Uferrecht, überhaupt über das Wasserrecht hat das B.G.B. keine Vorschriften; es gilt Landesrecht (E.G. Art. 65), also in den früher gemeinrechtlichen Gebieten noch heute, soweit nicht Landesgesetze erlassen sind, das gemeine (römische) Recht.

palam est, eam tuam permanere. Plane si longiori tempore fundo vicini haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse.

§ 22 eod.: Insula, quae in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit, nullius enim esse creditur; at in flumine nata (quod frequenter accidit) si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

IV. Spezifikation ist die Sachverarbeitung (z. B. in der Bäckerei, in der Tischlerei, in der Kelterei, in der Fabrik). Aus dem Rohstoff wird ein Arbeitserzeugnis, regelmäfsig höheren wirtschaftlichen Wertes, hergestellt. Eine Neuschöpfung ist durch die Arbeit vor sich gegangen. Um dieser wirtschaftlichen Produktionskraft willen soll der Arbeit dann auch das Arbeitserzeugnis zufallen: der Spezifikant (der Fabrikant), d. h. derjenige, welcher selber oder durch andere die neue Sache hergestellt hat (der Arbeitsunternehmer), erwirbt an der spezifizierten Sache Eigentum, ohne Rücksicht darauf, wer früher Eigentümer war (also originär), jedoch nach justinianischem Recht nur, falls er in bona fide war und falls die frühere Gestalt der Sache nicht wiederhergestellt werden kann. Die Beschränkungen fallen fort, wenn dem Spezifikanten ein Teil des Stoffes gehört hat. Das B.G.B. (§ 950) hat diese Beschränkungen überhaupt beseitigt; der Spezifikant wird schlechtweg Eigentümer, es sei denn, dafs der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes (dann liegt eine eigentliche Spezifikation nicht vor). Über den die Spezifikation betreffenden Meinungsgegensatz der römischen Rechtsschulen vgl. oben S. 109 Anm. 15.

§ 25 I. de rer. div. (2, 1): Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit . . . . Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia exi-

stimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris, vel argenti, vel auri reduci, vinum autem, aut oleum, aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest . . . . Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit.

V. Früchte sind diejenigen Erzeugnisse einer Sache, in deren Hervorbringung der bestimmungsgemäfse Ertrag der Sache besteht[11], z. B. Milch von der Kuh, Junge von Tieren, Feldfrüchte, Gartenfrüchte, Steine aus dem Steinbruch, Lehm aus der Lehmgrube. Das Kind der Sklavin (partus ancillae) ist keine Frucht. Die Früchte sind bestimmungsgemäfs von der Sache zu trennen: ihre Trennung mindert wirtschaftlich die Sache nicht. Die noch nicht getrennten Früchte (fructus pendentes) sind Bestandteile der fruchttragenden Sache und daher notwendig im Eigentum des Sacheigentümers. Aber an den getrennten Früchten kann kraft Fruchtrechts ein anderer Eigentum erwerben. Zeitpächter und Niefsbraucher erwerben nach römischem Recht die Frucht mit der Perzeption, d. h. erst mit dem Besitzerwerb (der vom Dieb gebrochene Apfel fällt also in das Eigentum des Grundeigentümers, nicht des Pächters noch des Niefsbrauchers); der Erbpächter (Emphyteuta) aber erwirbt die Frucht wie der Eigentümer mit der Trennung (Separation)

[11] Der Fruchtbegriff des B.G.B. § 99, 1 geht weiter als der des römischen Rechts, indem er die Erzeugnisse schlechtweg umfafst, nicht blofs die Erzeugnisse, welche wirtschaftlich Ertrag sind. So fällt der Windbruch unter den Fruchtbegriff des B.G.B., nicht unter den des römischen Rechts. Für die Einzelfälle hat das B.G.B. dann zum Teil einschränkende Rechtssätze, z. B. für die Pacht und den Niefsbrauch (§ 581. 1039). Für die Ausbeute aber, d. h. für Sachen, deren Gewinnung die Substanz der Muttersache berührt (z. B. Steine aus dem Steinbruch) gilt auch nach dem B.G.B. der Satz, dafs nur die bestimmungsgemäfse Ausbeute Frucht ist, d. h. den Erzeugnissen gleich geachtet wird. — Früchte eines Rechts (B.G.B. § 99, 2) sind dem römischen Recht unbekannt.

als solcher. Das B.G.B. § 954. 956 läfst auch den Zeitpächter und den Niefsbraucher die Frucht schon mit der Trennung erwerben. Der Fruchterwerb des Zeitpächters ist abgeleiteter (verfügungsmäfsiger) Erwerb: er erwirbt die Frucht kraft verpächterischer Gestattung der Aneignung (sogenannte quasi traditio). Der Fruchterwerb des Niefsbrauchers und Erbpächters ist dagegen ebenso wie der des Eigentümers ursprünglicher (nicht verfügungsmäfsiger) Erwerb: er geht unmittelbar kraft des dinglichen Rechts an der Muttersache vor sich.

Fruchterwerb nach Art des Eigentümers (durch die Trennung als solche) macht auch der gutgläubige Besitzer (bonae fidei possessor). Wer in entschuldbarem gutem Glauben eine fremde Sache als eigene besitzt, erwirbt die Früchte dieser Sache (nicht den partus ancillae noch die an den Grundeigentümer fallende Schatzhälfte, weil das keine Früchte sind) mit der Trennung zu Eigentum (§ 35 J. 2, 1), selbst wenn er keinen Ersitzungsbesitz hat (die Sache ist z. B. res furtiva, oder es fehlt der titulus). Auch braucht er, wenn der Eigentümer der Sache mit der rei vindicatio gegen ihn durchdringt, die bereits in gutem Glauben konsumierten Früchte nicht zu erstatten (fructus consumptos suos facit), sondern gibt aufser der Hauptsache nur die im Zeitpunkt der Klagerhebung noch vorhandenen Früchte (fructus extantes) heraus (so das justinianische und das frühere gemeine Recht, vgl. unten S. 395 Anm. 9). Nach Beginn des Prozesses aber ist ihm bewufst, dafs er möglicherweise eine fremde Sache besitzt. Vom Augenblick der litis contestatio an hat er darum positive Sorgfalt (omnis diligentia) auf die Fruchtziehung zu wenden: er hat dem Kläger, falls dieser als Eigentümer den Prozefs gewinnt, alle während des Prozesses gezogenen Früchte (fructus percepti) herauszugeben bezw. zu erstatten und aufserdem noch Schadensersatz zu leisten, falls er mehr Früchte hätte ziehen können (sogenannte fructus percipiendi).

Nur für die Sacherzeugnisse, die sogenannten „natürlichen" Früchte, gelten die sachenrechtlichen Rechtssätze vom Fruchterwerb. Der Begriff der „bürgerlichen" Früchte (sogenannte fructus civiles), d. h. der Erträgnisse, die aus der Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewonnen werden, wie z. B. der Mietzins (vgl. B.G.B. § 99, 3), ist nur für die schuldrechtlichen



Rechtssätze vom Fruchtersatz von Bedeutung: wer die Früchte einer Sache herauszugeben verpflichtet ist (so auch der gutgläubige Besitzer nach Prozeſsbeginn), hat auch „bürgerliche“ Früchte, die er gezogen hat (percepti) bezw. bei verkehrsgemäſser Sorgfalt hätte ziehen können (percipiendi) herauszugeben bezw. zu ersetzen (vgl. z. B. l. 62 D. 6, 1).

Anmerkung. Die Sachverbindung. Zu den Vorgängen, welche mit Rechtsnotwendigkeit eine Änderung in der Eigentumszuständigkeit herbeiführen, gehört die Verbindung mehrerer Sachen zu einer einzigen (z. B. ich gieſse zwei Flaschen Wein zusammen). Wem wird das Eigentum an der neuen Sache zustehen? Darüber gelten verschiedene Rechtssätze, je nach den Fällen. Die Fälle sind zum Teil bereits im vorigen besprochen worden. Hier soll versucht werden, den leitenden Gesichtspunkt klarzustellen.

Die Frage, welche durch die folgenden Rechtssätze beantwortet wird, ist immer nur die nach der Rechtswirkung der Sachverbindnng als solcher (abgesehen von dem Willen des Sacheigentümers).

Die Verbindung mehrerer Sachen zu einer einzigen (ihr steht die untrennbare Vermischung, z. B. von Getreide, Geld gleich, oben S. 356) ist entweder 1. Verbindung im engeren Sinn oder 2. Akzession oder 3. Spezifikation.

Die Verbindung i. e. S. liegt vor, wenn die neue Sache den beiden früher vorhandenen Sachen gleichartig ist (z. B. es ist Wasser mit Wasser, Wein mit Wein zusammengegossen, es ist Silber mit Silber, Gold mit Gold zusammengeschmolzen worden), wenn also insofern in der neuen Sache die beiden früheren Sachen fortdauern. Es gilt dann der Rechtssatz: für den Fall, daſs die mehreren Sachen verschiedenen Eigentümern gehörten, entsteht durch die Verbindung Miteigentum dieser früheren Eigentümer an der neuen Sache (je nach dem Verhältnis, in welchem ihre Sachen zur Herstellung der neuen Sache beigetragen haben).

Dagegen ist der Tatbestand der Akzession gegeben, wenn die neue Sache nur einer der früher vorhandenen Sachen gleichartig ist. Beispiel: es ist ein Arm mit der Statue durch ferruminatio zur Einheit verbunden worden (die neue Sache ist eine Statue; der Arm war keine Statue). Oder: es ist ein neues Bein an den Tisch gesetzt worden. Oder: es ist eine Rose in das Grundstück gepflanzt worden (nach der Verbindung, durch Wurzelschlagen, besteht nur eine Sache, das Grundstück; die Rose ist als selbständige Sache nicht mehr da). In all diesen Fällen hat eine Sache sich in der Verbindung behauptet. Sie bestimmt das Wesen der neuen Sache. Sie hat die andere in sich aufgenommen (verzehrt). Diese eine Sache ist die Hauptsache; die andere Sache, welche nur noch als Veränderung, Erweiterung der anderen fortbesteht, welche in die andere aufgegangen ist (der Arm, die Rose) ist die Nebensache. Der Rechtssatz lautet: der Eigentümer der Hauptsache wird Eigentümer der (von seiner Sache ver-

zehrten) Nebensache. Der Eigentümer der Nebensache ist auf den bloſsen Entschädigungsanspruch beschränkt. Also Alleineigentum (des Eigentümers der Hauptsache).

Die Spezifikation endlich geschieht nicht notwendig durch Verbindung (z. B. wenn aus dem Stück Tuch ein Kleid gemacht wird), aber sie kann durch Verbindung mehrerer Sachen vor sich gehen (z. B. bei Herstellung eines Gemäldes). Die Verbindung trägt dann den Charakter der Spezifikation, wenn die neue Sache keiner der früheren Sachen gleichartig ist, wenn also (wirtschaftlich angesehen) keine der früheren Sachen in der neuen Sache fortdauert. In solchem Fall gilt der oben entwickelte Rechtssatz: das Stoffeigentum geht unter (die sämtlichen Eigentümer der früheren Sachen sind auf einen Entschädigungsanspruch beschränkt); die neue Sache fällt in das Eigentum des Spezifikanten (immer vorausgesetzt, daſs die oben unter IV angegebenen Bedingungen für diesen Eigentumserwerb vorliegen).

Von dem hervorgehobenen Gesichtspunkt aus gelingt es leicht, die Spezifikationsfälle von den Akzessionsfällen zu unterscheiden. Wem gehört das Gemälde (wenn etwa bona fide mit fremden Farben auf fremder Leinwand gemalt war)? Es kommt darauf an. Wenn das Ergebnis des Malens bemalte Leinwand ist (die eine Sache überdauert die Verbindung), so liegt ein Akzessionsfall vor (Beispiel: ein bemalter Theatervorhang oder ein Malen, welches in Wahrheit nur ein Schmieren ist): es wird also hier der Eigentümer der Leinwand (der tabula) auch Eigentümer der Farbe. Anders wenn das Ergebnis des Malens ein Gemälde ist (eine dritte Sache, welche weder Farbe noch Leinwand bedeutet; der Stoff ist verschwunden vor dem Kunstwerk): dann liegt ein Spezifikationsfall vor. Die Freskomalerei wird immer Akzession bedeuten, niemals Spezifikation (nach wie vor ist ein Gebäude da, das Grundstück überdauert die Verbindung). Der gleiche Unterschied gilt beim Schreiben: ist das Ergebnis des Schreibens beschriebenes Papier, so liegt ein Akzessionsfall, ist es dagegen ein Schriftwerk (Urkunden usw.), so liegt ein Spezifikationsfall vor.

Die Entscheidung der Einzelfälle schwankt bisweilen unsicher selbst bei den römischen Juristen (z. B. betreffs der pictura und scriptura, vgl. l. 23 § 3 D. 6, 1, wo allein die Auffassung als Akzessionsfall geltend gemacht wird). Dennoch ist der Grundgedanke klar: es kommt darauf an, ob in der neuen Sache die beiden früheren Sachen oder nur eine oder keine derselben als wirtschaftlich fortdauernd angesehen werden kann. Wie die wirtschaftliche Geschichte der Sache, so die Geschichte ihres Eigentums.

§ 65.

Der Schutz des Eigentums.

Der Eigentümer hat zum Schutze seines Eigentums zwei Ansprüche: den Herausgabeanspruch (rei vindicatio) und den Anspruch auf Beseitigung einer Störung (actio negatoria).

I. Die rei vindicatio ist die Klage, welche der Eigentümer gebraucht, falls ein Dritter im Besitz sich befindet (ubi rem meam invenio, ibi vindico). Sie macht den Herausgabeanspruch des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer geltend. Kläger mufs zur Zeit der Klagerhebung (litis contestatio) Eigentümer sein (Aktivlegitimation). Beklagter mufs Besitzer sein (Passivlegitimation): zur Verurteilung genügt Besitz zur Zeit des Urteils. Auch den Besitz des Beklagten mufs Kläger beweisen[1]. Jeder Besitzer der die facultas restituendi hat, ist passiv legitimiert (l. 9 D. 6, 1), nicht blofs der juristische Besitzer (der die Sache für sich selbst besitzt), sondern auch der Detentor (der die Sache als fremde für einen anderen innehat)[2], und zwar selbst derjenige Detentor, der für den Kläger detiniert, der also als Verwahrer, Mieter usw. des Klägers in der Inhabung sich befindet: der Kläger hat die Wahl, seinen eignen Verwahrer, Mieter usw. mit der Schuldklage aus dem Kontraktsverhältnis oder mit der Eigentumsklage (r. v.) auf Rückgabe in Anspruch zu nehmen[3]. Neben dem wirklichen Be-

[1] Erbringt er den Beweis (der Beklagte hat also seinen Besitz geleugnet), so hat Kläger nach römischem (nicht mehr nach heutigem) Recht die Befugnis, schlechtweg Besitzherausgabe ohne weitere Erörterung der Eigentumsfrage zu verlangen (l. 80, D. 60, 1). Ist Kläger im ungewissen, ob Beklagter besitzt, so kann er die r. v. durch actio ad exhibendum (unten § 83 VII) vorbereiten: er verlangt Vorlegung, um seine Sache rekognoszieren zu können (l. 3 § 3 D. 10, 4). Hat der Beklagte umgekehrt auf die r. v. sich eingelassen, als ob er besäfse (liti se optulit) obgleich er in Wirklichkeit nicht besitzt, so wird er verurteilt als ob er besäfse, denn er hat die prozefsualische Verteidigungspflicht übernommen. Das galt schon nach frühklassischem Recht. Das spätkaiserliche Recht (nach Diokletian) hat dann aus der Haftung des malae fidei possessor (vgl. unten Anm. 10) den Satz entwickelt, dafs auch der gewesene Besitzer mit r. v. in Anspruch genommen werden kann, falls er bösgläubig besafs und den Besitz absichtlich aufgab bzw. die Sache vernichtete (dolo desiit possidere). Vgl. Siber (unten Anm. 4) S. 11 ff.

[2] Besitzt Detentor für einen Dritten, so hat er das Recht der nominatio (laudatio) auctoris, d. h. das Recht, den zu benennen, für den er besitzt (der ihm also die Sache zur Verwahrung gegeben oder vermietet hat u. s. f.), damit dieser den Prozefs übernehme, l. 2 C. 3, 19 (ebenso Z.P.O. § 76).

[3] Diese Fälle, in denen also der juristische Besitzer gegen seinen eigenen Detentor (z. B. Deponent gegen seinen Depositar) die r. v. hat,

sitzer ist überdies der fictus possessor passiv legitimiert: qui liti se optulit und qui dolo malo desiit possidere (Anm. 1).

So das justinianische Recht des Corpus Juris, welches auch an dieser Stelle die Grundlage unseres früheren gemeinen Rechts geworden ist. Aber das justinianische Recht steht hier unter dem Einflufs von Eigentümlichkeiten des späten, nachdiokletianischen Kaiserrechts. Anders lautete das klassische römische Recht, und nur auf dem Hintergrunde des klassischen Rechts kann das justinianische Recht, ja auch unser heutiges bürgerliches Recht vom Eigentumsanspruch richtig verstanden werden[4].

Die r. v. des alten Legisaktionenprozesses (sacramento) war ein Streit um das Eigentum. Passiv legitimiert war nicht der Besitzer als solcher, sondern nur der Eigentumsprätendent, der in der Lage war, die vindicatio des Klägers mit einer contravindicatio zu beantworten (oben S. 279). Vermochte der Beklagte nicht zu kontravindizieren (er hatte sie nur leihweise oder mietweise oder dgl.), so mufste er die Sache herausgeben, d. h. er verlor den Prozefs: er war zur Verteidigung der Sache nicht legitimiert. Ein solcher Rechtszustand entsprach der alten Zeit, die ein anderes Besitzrecht als das Eigentum nicht kannte, die also noch keine Besitzrechte an fremder Sache, weder einen Niefsbrauch noch einen für den Eigentümer verbindlichen Kon-

---

also der (juristisch) besitzende Eigentümer vindizieren kann, scheinen dem berühmten unus casus der Institutionenverfasser (§ 2 J. 4, 6) zu entsprechen (sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes optinet). Trotzdem ist bei Abfassung der Institutionenstelle nicht an diese Fälle (die ja zahlreich sind) gedacht worden, sondern an den Sonderfall, in welchem der Eigentümer gegen seinen Detentor (durch den er selbst besitzt) nur den Eigentumsanspruch, nicht auch einen Kontraktsanspruch hat, so dafs er zum Gebrauch der dinglichen Klage (r. v.) genötigt ist. Der Hauptfall dieser Art ist der Eigentumsanspruch gegen den Niefsbraucher, der die Sache bereits in Händen hat (also als Detentor für den Eigentümer detiniert), aber die cautio usufructaria (das Stipulationsversprechen der Rückgabe finito usufructu) noch nicht geleistet hat: die Leistung der cautio wird durch die r. v. erzwungen; erst nach Leistung der cautio hat der Eigentümer einen Kontraktsanspruch auf Rückgabe. Siber, S. 95. 96.

[4] Der Text folgt den Ausführungen der vortrefflichen Schrift: H. Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, 1907.

trakt, entwickelt hatte[4a]. Aber schon zur Zeit der Legisaktionen kam wenigstens der Niefsbrauch auf. Dann gab es auch Miete, Leihe usw. als gültige Rechtsgeschäfte. Wie verhielt sich die r. v. zu dieser Entwickelung? Die r. v. änderte ihr Wesen. Der Formularprozefs brachte die r. v. mit formula petitoria, die nicht blofs Klarstellung des Eigentums, sondern (als actio arbitraria, vgl. oben S. 309 ff.) vor allem restituere, Herausgabe des Besitzes an den klagenden Eigentümer forderte. Nunmehr konnte und mufste der Besitzer als solcher, und zwar jeder Besitzer, welcher die facultas restituendi hat, also auch der blofse Detentor, als passiv legitimiert, d. h. als zur Verteidigung der Sache verpflichtet und berechtigt behandelt werden. Das ist denn auch klassisches Recht geworden[5]. Aber mit einer wesentlichen Einschränkung: die r. v. gegen den Detentor, der für den Kläger detiniert, durch den also Kläger selbst besitzt, ist ausgeschlossen, sofern der Kläger gegen seinen Detentor einen Kontraktsanspruch auf Rückgabe hat[6]. Der dingliche Herausgabeanspruch (r. v.) kann nach klassischem Recht nicht mit einem kontraktlichen Herausgabeanspruch konkurrieren. Sobald sich in jure (vor dem Prätor) ergibt, dafs Beklagter etwa Mieter oder Verwahrer des Klägers ist, wird nach klassischem Recht dem Kläger die r. v. vom Prätor verweigert (denegatio actionis, oben S. 267): Kläger bekommt nur die actio aus dem Kontraktsverhältnis. Warum? Weil in solchem Fall die Haftung des Beklagten für Schadensersatz, für Herausgabe von Früchten usw. selbstverständlich nach dem

---

[4a] Die einzige Form für den Genufs fremder Sachen war ursprünglich das für den Eigentümer unverbindliche precarium, vgl. unten §§ 67. 79.

[5] Zu Anfang der Kaiserzeit vertritt der Jurist Pegasus (unter Vespasian) noch den alten Standpunkt, dafs die r. v. nur gegen den nach Art eines Eigentümers auftretenden, den sogenannten juristischen Besitzer, nicht gegen den blofsen Detentor möglich sei. Das klassische Recht aber ist darüber hinaus gegangen, l. 9 D. 6, 1.

[6] Darum ist nach klassischem Recht eine r. v. gegen den Usufruktuar nur möglich, so lange der Niefsbraucher die cautio usufructuaria noch nicht bestellt hat. Sobald die cautio (die den Niefsbraucher kontraktlich zur Rückgabe finito usufructu verpflichtet) bestellt ist, kann der Eigentümer nach klassischem Recht nur noch aus der cautio, nicht auch mit der r. v. klagen. Vgl. Anm. 3.

Kontraktsverhältnis sich bestimmen mufs[7]. Der Herausgabeanspruch des Eigentümers hat durch den Kontrakt seine Regelung erfahren, wenn der Eigentümer einem anderen vermietet, in Verwahrung gibt usf. Dieser Regelung kann der Eigentümer sich nicht dadurch entziehen, dafs er nicht aus dem Kontrakt, sondern lediglich aus seinem Eigentum (mit r. v.) klagt: er hat nur einen Herausgabeanspruch, den kontraktlich geregelten. Der Eigentumsanspruch geht seiner Natur nach nur gegen denjenigen Besitzer bezw. Detentor, der lediglich kraft des klägerischen Eigentums, nicht auch kraft kontraktlichen (oder quasi kontraktlichen) Schuldverhältnisses dem Kläger herausgabepflichtig ist.[8]. Erst das nachdiokletianische und ihm folgend das justinianische Recht hat die r. v. ausnahmslos gegen jeden Detentor gegeben. Es folgte der Neigung einer sinkenden Jurisprudenz, möglichst weitgreifende (die Wahl der richtigen Klage erleichternde) Klagtypen dem Kläger zur Verfügung zu stellen. Es ward damit die r. v. über das ihr gebührende Gebiet hinaus erstreckt.

Darum ist an der r. v. des Corpus Juris in der Hauptsache dennoch das Recht der klassischen r. v. hängen geblieben. Das bedeuten die Rechtssätze über den verschiedenen Inhalt des Vindikationsanspruchs gegen den gutgläubigen und den bösgläubigen Besitzer, den bonae und den malae fidei possessor. Der gutgläubige Besitzer haftet vor der litis contestatio nicht für Sorgfalt (er ist nicht schadensersatzpflichtig, wenn er die Sache beschädigt oder vernichtet oder aufgibt) noch für Früchte (er behält die gewonnenen Früchte, denn sie sind sein Eigentum, oben S. 388)[9]: seine Verpflichtung zur Herausgabe

[7] Der Depositar haftet kontraktlich nur für dolus und culpa lata (unten § 79). Wenn es möglich wäre, ihn als wissentlichen unrechtmäfsigen Besitzer einer fremden Sache auch mit der r. v. in Anspruch zu nehmen, so würde der Eigentümer und Deponent sich durch Anstellung der r. v. den Kontraktsbestimmungen entziehen und Ersatz auch für culpa levis fordern können.

[8] Die gleichen Gesichtspunkte gelten für das Recht des B.G.B. Vgl. die überzeugende Ausführung von Siber S. 233 ff.

[9] Seit Diokletian und ebenso nach dem Corpus Juris mit der Einschränkung, dafs der bonae fidei possessor die zur Zeit der litis contestatio noch vorhandenen Früchte (fructus extantes) mit der Sache heraus-

ist rein dinglicher, nicht schuldrechtlicher Natur, sie drückt lediglich die aus dem Eigentum des Klägers folgende Wirkung aus. Erst von dem Prozefsbeginn (der litiscontestatio) an haftet er schuldrechtlich (aus der Prozefsobligation), da er nun weifs, dafs er möglicherweise eine fremde Sache in Händen hat: von diesem Augenblick an schuldet er Sorgfalt und Früchte (fructus percepti und percipiendi, oben S. 388). Ebenso das B.G.B. § 987. 989. Gegen den bösgläubigen Besitzer aber ist der Herausgabeanspruch des Vindikanten von vornherein schuldrechtlich geartet. Der malae fidei possessor hat wissentlich unberechtigt eine fremde Sache in Händen. Er haftet darum sofort (vom Beginn seines bösgläubigen Besitzes an) nach Art eines unbeauftragten Geschäftsführers (negotiorum gestor, unten § 83 III) für Sorgfalt, und zwar für summa diligentia, in bezug auf die Sache[10] und für Früchte (fructus percepti und percipiendi). Die Klagerhebung gegen ihn ist Mahnung. Sie bringt ihn in Verzug (mora) und haftet er daher nach der litis contestatio gleich dem in Verzug befindlichen Schuldner (unten § 76) auch für Zufall, falls der Zufall (z. B. die Feuersbrunst) bei sofortiger Herausgabe die Sache nicht betroffen hätte. Ebenso B.G.B § 990.

Wegen Verwendungen kann dem Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der r. v. zuständig sein, welches er durch exceptio doli (generalis) geltend macht[11]. Aber auch dies Zurückbehaltungsrecht ist für den gutgläubigen und

---

zugeben hat, l. 22 C. 3, 32. Das B.G.B. hat auch hier den Standpunkt des klassischen Rechts: der gutgläubige Besitzer behält grundsätzlich auch die zur Zeit der Klagerhebung noch vorhandenen Früchte, vgl. § 993 und die Ausnahme in § 988.

[10] Also für Schadensersatz bei schuldhafter Besitzaufgabe, Beschädigung, Vernichtung. Daraus ergibt sich, dafs der Eigentumsanspruch die Haftung des absichtlich die Sache vernichtenden oder sonst den Sachbesitz aufgebenden bösgläubigen Besitzers, d. h. die Haftung dessen qui dolo desiit possidere (oben Anm. 1) in sich schliefst. Ebenso nach B.G.B. § 990.

[11] Das Zurückbehaltungsrecht (oben S. 323 Anm. 12) wegen Verwendungen besteht nach römischem Recht der r. v. gegenüber ohne einen Gegenanspruch: der Besitzer hat im Verhältnis zum Eigentümer als solchem wegen seiner Verwendungen keine actio (er steht in keinem Kontraktsverhältnis), sondern nur eine exceptio. Anders das B.G.B. §§ 1000—1003.

den bösgläubigen Besitzer verschieden geregelt. Der bösgläubige Besitzer kann nur notwendige, d. h. werterhaltende Verwendungen (sogenannte impensae necessariae) ersetzt verlangen, und zwar nur wie ein negotiorum gestor, d. h. nur wenn sie im Sinne des dominus gemacht sind. Wegen nützlicher, d. h. werterhöhender und ebenso wegen lediglich schmückender Verwendungen (sogenannte impensae utiles und voluptuariae) hat er kein Zurückbehaltungsrecht, sondern nur ein Wegnahmerecht (jus tollendi), dessen Ausübung ausgeschlossen ist, wenn die Wegnahme (z. B. einer Wandbemalung) ihm keinen Nutzen bringt oder der dominus ihm den durch Wegnahme erlangbaren Wert ersetzt. Der gutgläubige Besitzer hat dagegen ein Zurückbehaltungsrecht nicht blofs schlechtweg wegen notwendiger, sondern auch wegen nützlicher Verwendungen[12]; nur wegen blofs schmückender Verwendungen ist er auf ein Wegnahmerecht beschränkt.

Wer ist aber ein gutgläubiger und wer ein bösgläubiger Besitzer? Bösgläubiger Besitzer ist, wer wissentlich oder in grobfahrlässiger Unwissenheit eine fremde Sache unrechtmäfsig besitzt: daher seine schuldrechtliche Haftung und die Beschränkung seines Zurückbehaltungsrechts. Gutgläubig ist, wer (ohne grobes Verschulden) unwissentlich eine fremde Sache in Widerspruch mit dem klägerischen Eigentum besitzt: sein Wahrzeichen ist, dafs er nur dinglich (kraft klägerischen Eigentums), nicht schuldrechtlich herausgabeverpflichtet ist. Der auf Grund eines Kontraktsverhältnisses oder Quasikontraktsverhältnisses zum Eigentümer (ein Beispiel für das letztere der ehrliche Finder) Besitzende und schuldrechtlich Herausgabeverpflichtete ist folglich weder bonae noch malae fidei possessor im Sinn der r. v.[13]. Die Rechtssätze des Corpus

[12] Auf die notwendigen Verwendungen mufs er jedoch den Wert der ihm verbleibenden Nutzungen sich anrechnen, l. 48 D. 6, 1 (B.G.B § 994); nützliche Verwendungen kann er nur soweit geltend machen, als noch gegenwärtig Werterhöhung (Bereicherung des Klägers) vorliegt.

[13] Genau das gleiche gilt für das Recht des B.G.B. Aus den §§ 987 ff. ergibt sich, dafs nur der gutgläubige und der bösgläubige Besitzer als Beklagter gedacht ist. Nur gegen ihn geht der Eigentumsanspruch. Der im Kontraktsverhältnis zum Eigentümer stehende Besitzer hat nicht etwa

Juris vom gutgläubigen und bösgläubigen Besitzer entsprechen dem klassischen Recht, welches die r. v. nur gegen einen dem Kläger nicht kontraktlich Verpflichteten gibt. Trotz der formalen Zuständigkeit der justinianischen r. v. gegen jeden Detentor kann doch das Recht des Corpus Juris von der r. v. nur im Umkreis der klassischen r. v. gehandhabt werden: der kontraktliche Herausgabeanspruch schliefst naturgemäfs die Anwendung der Rechtssätze vom Eigentumsanspruch aus.

Wo also keine kontraktliche Rückgabepflicht im Verhältnis zum Eigentümer besteht, da ist die r. v. zuständig und ein etwaiges Gegenrecht (z. B. ein dingliches Recht) des in Anspruch genommenen ist im Wege der exceptio (doli generalis) geltend zu machen[14]. Dagegen hat der auf Grund Kontrakts (oder Quasikontrakts) dem Eigentümer Herausgabepflichtige nicht blofs ein exzeptionsweise geltend zu machendes obligatorisches Gegenrecht, falls etwa sein Kontrakt (z. B. die Miete) ihm gegenwärtig noch Besitzrecht gibt. Er kann vielmehr behaupten, dafs ein Eigentumsanspruch gegen ihn überall nicht besteht. Diese Tatsache ist im Corpus Juris einigermafseu verdunkelt, aber sie schimmert dennoch auch durch das Recht des Corpus Juris durch.

II. Die actio negatoria ist die Klage des Eigentümers gegen blofse Störung des Besitzes, also (regelmäfsig) die Klage

---

gegen den Eigentumsanspruch blofs eine Einrede aus dem Kontrakt, sondern den Einwand, dafs die r. v. gegen ihn ausgeschlossen ist. Siber a. a. O.

[14] Einen Fall dieser Art bedeutete im klassischen Recht die exceptio rei venditae et traditae (oben S. 366). Sie machte gegen den klagenden zivilen Eigentümer nicht die Kaufforderung, noch überhaupt ein Kontraktsverhältnis, sondern ein dingliches Gegenrecht, nämlich amtsrechtliches (prätorisches) Eigentum geltend und wirkte daher auch gegen den Sondernachfolger des Verkäufers. Diese exceptio ist natürlich dem heutigen Recht unbekannt; wir haben keine doppelte Eigentumsordnung mehr. Hat heute etwa der Eigentümer sein Grundstück verkauft und dem Käufer ohne Auflassung übergeben, so würde der Käufer nur seine Kaufforderung gegenüber dem Verkäufer und dessen Erben (Gesamtnachfolger) geltend machen können, nicht aber irgend welches dingliches Recht gegenüber einem Sondernachfolger: hat Verkäufer noch einmal verkauft und diesem zweiten Käufer aufgelassen, so dringt der zweite Käufer mit seinem Eigentumsanspruch gegen den ersten Käufer durch.

des **besitzenden** Eigentümers zur Aufrechterhaltung der Unversehrtheit des Besitzes. Beklagter ist, wer den Besitz des Eigentümers gestört hat z. B. durch Immission von fumus immodicus (vgl. B.G.B. § 906), durch Verbauen des Luftzugs zur Tenne, durch Anmafsung einer Wegegerechtigkeit. Er mufs die Störung unterlassen. Der judex kann ihm im Urteil Bestellung einer cautio de non amplius turbando auferlegen (heute erläfst der Richter, wenn nötig, einen Befehl künftiger Unterlassung mit Strafandrohung).

Anhang. Zum Schutz des Grundeigentums im Nachbarverhältnis hat das römische Recht die folgenden besonderen Rechtsbehelfe ausgebildet:

1. Die **actio finium regundorum** zwecks Regelung eines Grenzstreits in bezug auf Feldgrundstücke: es entscheidet der Eigentumsbeweis (der jedoch nach römischem Recht nicht geführt werden kann durch Berufung auf ordentliche Ersitzung); wenn Ungewifsheit bleibt, wird der Grenzstreifen nach römischem Recht als gemeinsam behandelt und vom judex unter freier Berücksichtigung der Verhältnisse mit adjudicatio vorgegangen, wenn nötig, zugleich mit condemnatio (wer um klarer Grenzscheidung willen zu viel erhält, mufs den anderen in Geld entschädigen, l. 2, § 1. l. 3 D. 10, 1) so dafs die Grenzscheidungsklage nach römischem Recht zu den Teilungsklagen (unten § 83 V) und zugleich damit zu den judicia duplicia gehört (auch Kläger kann verurteilt werden). Das B.G.B. hat auch hier die adjudicatio beseitigt: der Richter im Grenzscheidungsprozefs hat nicht mehr nach Zweckmäfsigkeitserwägungen durch konstitutives (rechtsänderndes) Urteil eine passende Grenze zu **schaffen**, sondern lediglich die bereits vorhandene Grenze durch deklaratorisches Urteil **klarzustellen**, wofür B.G.B. § 920 gewisse Richtlinien gibt. Die Grenzscheidungsklage ist also heute **keine** Teilungsklage (auch kein judicium duplex) mehr.

2. Die actio **aquae pluviae arcendae** (D. 39, 3) ist die Klage auf Beseitigung einer den natürlichen Abflufs des Regenwassers ändernden Vorrichtung (opus manu factum) auf dem Nachbargrundstück, falls dadurch dem klagenden Grundeigentümer Schaden droht (auch der Erbpächter und der Niefsbraucher hat die Klage). Verklagt werden kann der Eigentümer, der Erbpächter, der Niefsbraucher des Nachbargrundstücks. Hat der Beklagte selber die Vorrichtung gemacht, so mufs er sie auf seine Kosten beseitigen, sonst beseitigt Kläger die Vorrichtung auf eigne Kosten. Die Klage wird abgewiesen, wenn die Vorrichtung zu Recht besteht, sei es vermöge einer Dienstbarkeit oder obrigkeitlicher Anordnung oder kraft unvordenklichen Daseins (vetustas, oben S. 329 Anm 3). Diese Klage dient zur Ergänzung der römischen a. negatoria: sie ist zuständig auch bei blofs drohendem Schaden, auch bei Minderung des Regenwasserzuflusses, auch bei Verhinderung des Abflusses vom höher liegenden Grundstück. Der

negatorische Anspruch des B.G.B. (§ 1004) ist in allen Fällen der a. aq. pluv. arc. zuständig (vgl. § 907). So gibt es heute keinen besonderen Anspruch wegen Änderung des Regenwasserlaufes mehr.

3. Die operis novi nuntiatio (D. 39, 1) ist ein Bauverbot gegenüber einem in Gang befindlichen Bauwerk kraft Verbietungs rechts (sei es vermöge Eigentums, das durch den Bau beeinträchtigt wird, sei es vermöge einer Dienstbarkeit, z. B. einer servitus altius non tollendi, sei es vermöge öffentlicher Bauordnung, die der Verbietende im Namen des populus geltend macht, vgl. l. 5 § 9, D. 39, 1). Die Bautätigkeit mufs bis zur Entscheidung der Rechtsfrage eingestellt werden (widrigenfalls hat Nuntiant das interdictum de opere restituendo, sogenanntes interdictum demolitorium, welches schlechtweg, ohne Rücksicht auf etwaiges Recht des Nuntiaten, auf Beseitigung des verbotswidrig Gebauten geht). Weiterbauen ist nur gestattet, wenn der Prätor das Verbot aufgehoben hat (remissio nuntiationis), z. B. wegen Zweifelhaftigkeit des Verbietungsrechts oder mit Rücksicht auf eine vom Nuntiaten bestellte Kaution (sogenannte cautio de demoliendo). Nuntiant mufs aus seinem Verbietungsrecht klagen (in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus, l. 1 § 6 D. 39, 1): die operis novi nuntiatio dient dem Verbietungsberechtigten, der nicht im Besitz tatsächlicher Verhinderungsmöglichkeit sich befindet und deshalb zur petitorischen (auf Verbietungsberechtigung gestützten) Verbietungsklage zu greifen genötigt ist. Anders wenn der Verbietende mit seinem Verbot (jactus lapilli) sich innerhalb seines tatsächlichen Machtbereichs befindet: er hat gegen den anderen, der trotz des Verbots (vi) oder in Vermeidung des Verbots (clam) eine Änderung am Grundstück (opus in solo factum) vorgenommen hat, das interdictum quod vi aut clam (D. 43, 24) auf Beseitigung der Änderung und Schadensersatz: ohne dafs Beklagter ein Recht zur Änderung geltend machen könnte, auch ohne dafs der Verbietende ein Verbietungsrecht darzutun brauchte. Es genügt, dafs der Verbietende (z. B. als Pächter l. 11 § 12 D. h. t.) ein rechtlich begründetes Interesse hat und dafs das Handeln des anderen als verbotene Eigenmacht (vis) d. h. als in Widerspruch mit einem, bestehende Macht ausdrückenden (durch Steinwurf Notwehr übenden) Verbot erscheint. Obgleich das interd. quod vi aut clam juristischen Besitz (possessio im Rechtssinn) nicht voraussetzt (l. 16 pr. D. 43, 24) hat es doch besitzverteidigende (possessorische) Art, während die op. novi nunt. gegen ein in fremdem Machtbereich liegendes Vorgehen gerichtet ist (l. 5 § 10 D. 39, 1). Dem heutigen Recht sind beide Rechtsbehelfe unbekannt: sie werden ersetzt durch den Antrag auf einstweilige gerichtliche Verfügung (Z.P.O. § 935).

4. Cautio damni infecti (D. 39, 2), d. h. Sicherheitsleistung wegen Ersatzes eines Schadens, der einem Grundstück von der mangelhaften Beschaffenheit eines anderen Grundstücks (vitio aedium, loci, operis) droht (d. infectum = d. nondum factum), kann der Bedrohte von dem Eigentümer (auch vom Erbpächter, Superfiziar, Niefsbraucher, Pfandgläubiger) des mangelhaften Grundstücks verlangen, um nach Eintritt des Schadens auf

Ersatz klagen zu können. Weigert der Gegner die Kaution, so überträgt der Prätor auf den Bedrohten zunächst den Besitz des gegnerischen Grundstücks (missio in possessionem ex primo decreto), sodann das Recht des Gegners (m. in poss. ex secundo decreto): der Gegner mufs entweder Kaution stellen oder das Grundstück aufgeben (cavere aut carere). Der Fall ist dann gegeben, wenn der Schade ohne positives Verschulden des Gegners droht (wenngleich Abwehr des Schadens möglich ist), so dafs ohne die Kaution ein Schadensersatzanspruch (actio legis Aquiliae, vgl. unten § 85) nicht besteht. Das Recht auf die Kaution vermittelt die actio (instar actionis habet, l. 1 § 2 D. 46, 5). Vor allem praktisch war der Fall eines baufällig werdenden, den Einsturz drohenden Gebäudes. Heute bedarf es keiner Kaution mehr: es besteht unmittelbar ein Ersatzanspruch (auch wenn nur vorliegt, dafs Abwehrmafsregeln schuldhaft unterlassen sind) nach B.G.B. § 836—838. Im B.G.B. kommt die cautio damni infecti nur noch als Bedingung eines Rechts zur Einwirkung auf eine fremde Sache vor (als Bedingung für die Ausübung eines Wegnahmerechts, eines Abholungsanspruchs), vgl. B.G.B. § 258. 867. 1005, eine Anwendung der cautio d. i., die auch im römischen Recht begegnet: derjenige, dessen Wertsache („thesaurus") auf fremdem Grundstück sich befindet, ohne dafs Gegner Besitz ergriffen hat, kann nicht vindizieren (es besteht kein Herausgabeanspruch, weil Gegner nicht besitzt), hat aber den Abholungsanspruch (interdictum de thesauro) unter der Bedingung, dafs er Kaution für den etwa bei der Abholung angerichteten Schaden (cautio damni infecti) stellt, l. 15 D. 10, 4.

§ 66.

Der Schutz des Ersitzungsbesitzes.

Usukapiert jemand eine fremde Sache, so hat er nach Vollendung der Usukapion die rei vindicatio und die actio negatoria des Eigentümers, da er ja durch die Usukapion Eigentum erworben hat. Aber der Prätor will den Usukapienten schon schützen vor Vollendung der Usukapion. Zu diesem Zweck hat er die actio Publiciana in rem eingeführt. Sie ist eine Eigentumsklage, welche unter der Fiktion gegeben wird, dafs die Ersitzungsfrist bereits abgelaufen sei, d. h. die Klage ist demjenigen Besitzer zuständig, welchem zum Erwerb des Eigentums nur noch der Ablauf der Zeit fehlt (vgl. oben S. 300). So hat der Usukapionsbesitzer im praktischen Erfolg die Eigentumsklage (in der Form der Publiciana actio) schon vor dem Erwerb des Eigentums; auch die actio negatoria wird ihm in gleicher Weise gegeben. Weil aber der Kläger hier doch noch nicht wirklicher Eigentümer ist, so ist in zweierlei Hinsicht

die Publiciana schwächer als die echte Eigentumsklage. Nämlich 1. der wahre Eigentümer, welcher etwa jetzt im Besitz der Sache sich befindet oder jetzt den Usukapionsbesitzer im Besitz der Sache stört, hat gegen die actio Publiciana die exceptio dominii, kann also nicht verurteilt werden (es sei denn, dafs Kläger die exceptio dominii durch replicatio rei venditae et traditae, vgl. oben S. 366, entkräften könnte); 2. ist der Beklagte gleichfalls im Ersitzungsbesitz befindlich (und usukapiert also dieselbe Sache, welche der Kläger früher in Usukapionsbesitz gehabt und dann etwa verloren hat), so dringt der Kläger nur durch, falls Beklagter von demselben Auktor wie der Kläger, und zwar später als der Kläger, erworben hatte: hat der Beklagte aber von einem anderen Auktor erworben oder zwar von demselben Auktor, jedoch früher als der Kläger, so ist er gleichfalls durch exceptio geschützt und Kläger wird abgewiesen. Die a. Publiciana hat nur relative Kraft: sie wirkt nur gegen den schlechter Berechtigten.

Im übrigen aber ist der Erfolg der Publiciana actio der gleiche wie bei der echten Eigentumsklage. Die Publiciana in rem actio tritt also als utilis rei vindicatio auf im Fall vorenthaltenen Besitzes (und an die Publiciana in diesem Anwendungsfall pflegt man zunächst zu denken, wenn ohne weiteren Zusatz von Publiciana actio die Rede ist); andererseits erscheint sie als sogenannte Publiciana negatoria actio im Fall blofs gestörten Besitzes.

Der Zweck der Publiciana actio ist nicht, dem Eigentümer seine Sache durch den Usukapionsbesitzer wegnehmen zu lassen (deshalb hat der Eigentümer exceptio dominii), sondern vielmehr, den Usukapionsbesitzer gegen den schlechter Berechtigten zu schützen. Sie gibt nur relativen Schutz. Aber sie vermag noch mehr zu leisten! Der Eigentümer selber kann, falls er wegen Besitzentziehung oder Besitzstörung zu klagen genötigt ist, die Publiciana gebrauchen. Warum? Weil er von seinem Eigentum absehen und geltend machen kann, dafs auf jeden Fall die Voraussetzungen des Usukapionsbesitzes in seiner Person erfüllt sind. Er hat ja auch die Sache gekauft oder sonstwie rechtlich erworben. Er ist ja auch in bona fide. Das genügt völlig, um die Publiciana zu begründen und den Gegner,

welcher an der Sache kein Recht hat, zu überwinden. Der formalen Eigentumsklage und des Beweises bereits voll erworbenen Eigentums bedarf es nicht.

Mit der letzten Bemerkung sind wir in das Gebiet eingetreten, welches die Publiciana des gemeinen deutschen Pandektenrechts praktisch vornehmlich beherrscht hat. Im tatsächlichen Erfolg, d. h. in der weitaus gröſsten Zahl der Fälle, war die Publiciana die Klage des Eigentümers, aber eine Klage, welche er in der Rolle eines Usukapionsbesitzers anstellte. Die Rechtssätze über Schutz des Usukapionsbesitzes dienten praktisch dazu, dem Eigentum eine zweite Reihe von Schutzmitteln zu gewähren, und zwar unter leichteren Bedingungen, als sie für die formalen und eigentlichen Eigentumsklagen zu erfüllen waren. Schon im römischen Recht ist dies letzte Ziel der Publiciana deutlich ausgesprochen. Sie dient nicht bloſs dem Usukapionsbesitzer, welcher a non domino erworben hatte, sondern ebenso auch dem bonitarischen Eigentümer, welcher a domino (aber eine res mancipi durch bloſse Tradition) erworben hatte: weil ja auch dieser in bezug auf das quiritische Eigentum Usukapionsbesitzer war (vgl. oben S. 382). Sie war also im klassischen römischen Recht sogar formell als Eigentumsklage in Anwendung, als eine Eigentumsklage nämlich im Dienste des bonitarischen Eigentums. — Unserem heutigen bürgerlichen Recht ist die Publiciana unbekannt. Der Erleichterung des Eigentumsanspruchs dient jetzt die Eigentumsvermutung zugunsten des im Grundbuch als Eigentümer Eingetragenen bezw. zugunsten des Fahrnisbesitzers (B.G.B. §§ 891. 1006)[1].

Gaj. Inst. IV § 36: Datur autem haec actio (Publiciana) ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam EX JURE QUIRITIUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit, veluti hoc modo:

---

[1] Auch der Anspruch aus unfreiwillig verlorenem redlichem Fahrnisbesitz (B.G.B. § 1007) ist von der Publiciana wesentlich verschieden. Er hat keinen Ersitzungsbesitz, überhaupt keinen Eigenbesitz zur Voraussetzung. Er stammt von der deutsch-rechtlichen Klage um Fahrnis ab. Wie die Ersitzung so spielt auch der Ersitzungsbesitz im heutigen Recht eine viel geringere Rolle als bei den Römern (vgl. oben S. 383 Anm. 9).

JUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT, ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EIUS ESSE OPORTERET, et reliqua.

L. 17 D. de Publ. act. (6, 2) (NERATIUS): Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur (ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio SI EA RES POSSESSORIS NON SIT), sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

§ 67.

Der Schutz des juristischen Besitzes. — Besitz und Eigentum.

Vom Eigentum unterscheidet sich der Besitz. Das Eigentum ist die rechtliche, der Besitz als solcher nur die tatsächliche Herrschaft über eine Sache. Der Besitz ist die Ausübung des Eigentums, und im allgemeinen ist die Idee des Rechts, dafs der Eigentümer auch zugleich Besitzer sein soll. Daher der gewöhnliche Sprachgebrauch, welcher Eigentum und Besitz miteinander gleichsetzt. Dennoch sind Eigentum und Besitz begrifflich voneinander zu trennen. Das Eigentum kann man haben ohne den Besitz, den Besitz kann man haben ohne das Eigentum (z. B. im Fall des Diebstahls). Der Besitz ist begrifflich das Gegenteil des Eigentums, wie das factum begrifflich das Gegenteil des jus.

Nun ist aber klar, dafs der Besitz, die tatsächliche Herrschaft über die Sache, sehr verschiedener Art sein kann.

Entweder: ich habe die Sache zwar in meinen Händen und habe sie vielleicht in meinem eigenen Interesse (z. B. das Buch, welches ich geliehen habe), aber ich erkenne einen anderen als den eigentlichen Herrn der Sache an (den Verleiher des Buchs) und will, indem ich die Sache aufbewahre oder sonst auf sie einwirke, nicht blofs mir, sondern vornehmlich dem anderen die Sache erhalten. In diesem Falle habe ich das corpus des Besitzes, d. h. das Äufserliche des Besitzes. Aber es fehlt mir der animus des Besitzes, nämlich der mit dem körperlichen Verhältnis sich deckende Wille. Ich will, obgleich ich die Sache in meinen Händen habe, sie doch nicht für mich allein haben, sondern sie an letzter Stelle für einen anderen haben. Es fehlt hier dem Inhaber der animus rem sibi ha-

bendi. Er hat vielmehr den animus rem alteri habendi. In diesem Falle spricht man von blofser Detention oder Inhabung. Der blofse Inhaber, Detentor (z. B. der Leiher, Mieter, Pächter, Depositar, Mandatar) besitzt die Sache in Unterordnung unter einen anderen. Er ist nach römischem Besitzrecht der Stellvertreter (genauer: Gehilfe, Diener) dieses anderen im Besitz: dieser andere (der Verleiher, Vermieter usw.) besitzt nach römischem Rechte durch den Detentor, den Inhaber.

Oder: ich habe die Sache in meinen Händen und will sie zugleich für mich allein haben, z. B. weil ich Eigentümer bin oder mich wenigstens für den Eigentümer halte, oder auch etwa, obgleich ich weifs, dafs ich nicht Eigentümer bin: weil ich nämlich den Willen habe, die Sache dennoch für mich allein zu haben (so der Dieb, welcher in bezug auf sein tatsächliches Verhalten zur Sache vom Eigentümer nicht zu unterscheiden ist, und ebenso z. B. der Faustpfandgläubiger, der ja gleichfalls als solcher den Willen hat, auch den Eigentümer von der Sache auszuschliefsen)[1]. In diesem Falle habe ich nicht blofs das corpus, sondern auch den animus des Besitzes, nämlich den mit dem körperlichen Verhältnis sich deckenden Willen. Ich habe die Sache nicht blofs in Händen, sondern will sie auch für mich allein haben (animus rem sibi habendi, von den Neueren animus domini genannt). Ich

[1] Anders als der Faustpfandgläubiger steht der Mieter, Pächter (Kommodatar usw.) zur Sache. Der Mieter hat nicht den Willen, den Vermieter von der Sache auszuschliefsen, sondern umgekehrt den Willen, Handlungen des Vermieters in bezug auf die Sache zu vermitteln (deshalb besitzt der Vermieter juristisch durch den Mieter). Denn der Mieter will nicht ein Sachenrecht, sondern nur ein Forderungsrecht ausüben (das Recht, dafs der Vermieter ihn gebrauchen lasse, vgl. oben S. 362). Jede Gebrauchshandlung des Mieters stellt deshalb juristisch Entgegennahme der Gewährungshandlung des Vermieters, d. h. Verwirklichung der Herrschaft des Vermieters über die Sache dar. Nur Fremde schliefst der Mieter von der Sache aus, aber (juristisch) im Dienst, als Werkzeug des vermieterischen Besitzes. Wird der Mieter dejiziert, so ist juristisch der Vermieter dejiziert worden. Der Mieter hat keinen Besitzwillen (Herrenwillen), wohl aber der Faustpfandgläubiger, der ja nicht dem Besitz des Verpfänders dienen, sondern vielmehr den Besitz des Verpfänders ausschliefsen will. (So nach römischem Recht).

habe den Willen, jeden anderen von der Sache auszuschliefsen. Ich habe, sofern es sich um die Ausschliefsung anderer handelt, die Sache wie ein Eigentümer (Alleinbeherrscher) der Sache[2], mag ich nun wirklich Eigentum haben oder nicht und mag ich im letzteren Fall von meinem Nichteigentum Kenntnis haben (Dieb, Faustpfandgläubiger) oder nicht (bonae fidei possessor, Usukapionsbesitzer).

---

[2] Die herrschende, durch v. Savigny begründete Ansicht fafst den animus domini als den Willen, die Sache als eine eigene Sache zu besitzen, und ist deshalb aufserstande, den juristischen Besitz des Faustpfandgläubigers (der die Sache doch nur als Pfandsache besitzen will) zu erklären. Der Besitz des Faustpfandgläubigers wird als eine regelwidrige Art des juristischen Besitzes aufgefafst und als „abgeleiteter juristischer Besitz" bezeichnet. Mit Unrecht. Der Faustpfandgläubiger hat vielmehr, obgleich er die Sache nur als Pfand besitzen will, in bezug auf den Besitz genau den gleichen Willen wie der Eigentümer. Das Wesen des Besitzes als solchen ist nicht der Genufs der Sache, sondern nur die Ausschliefsung anderer von der Sache. Auch Harpagon besitzt. Wer jeden anderen ausschliefsen will, der hat den Herrenwillen, den animus domini, für den Besitz der Sache ganz gerade so wie der Eigentümer. Die Unterscheidung, ob ich die Sache als eigne oder als Pfandsache besitze, ist nur erheblich für den Genufswillen, nicht für den Besitzwillen. Der Genufswille ist nach römischem Recht zum juristischen Sachbesitz nicht notwendig und nicht ausreichend (Pächter und Mieter haben den Genufswillen und doch nicht den animus domini, den Besitzwillen, vgl. Anm. 1). Ebenso wie der Faustpfandgläubiger stehen nach römischem Recht der Prekarist (unten Anm. 5) und der Sequester (unten § 79 I c), auch der Erbpächter (unten § 70) und der Superfiziar (§ 71), denen darum von der herrschenden Lehre gleichfalls nur „abgeleiteter juristischer Besitz" zugeschrieben wird. — Gleiche Grundgedanken hat bereits (unabhängig von mir) entwickelt W. Stintzing, Der Besitz I, 1, 1 (1889), S. 121 (ebendas. S. 8 ff. über Mieter, Pächter usw.); zur Besitzlehre (1892), S. 5 ff.; der Besitz I, 1, B (1895), S. 8 ff.; doch sieht Stintzing auch im objektiven Element des Besitzes nicht eine tatsächliche Herrschaft über die Sache, sondern eine tatsächliche Macht über andere: den tatsächlichen (nicht notwendig physischen) Ausschlufs fremder Eigenmacht. — In den Fällen des „abgeleiteten" juristischen Besitzes setzt derjenige, von dem der juristische Besitz erworben wurde (an dessen Statt er gewissermafsen ausgeübt wird) eine etwa begonnene Ersitzung fort: er ersitzt weiter ohne zu besitzen. So der Faustverpfänder (vgl. oben S. 380): er besitzt ad usucapionem, obgleich der Faustpfandgläubiger quod ad reliquas omnes causas pertinet Besitzer (juristischer Besitzer, Interdiktenbesitzer) ist, d. h. obgleich der Faustpfandgläubiger ihn (den Verpfänder) vom Besitz ausschliefst (l. 16 D. 41, 3).

Die zuletzt geschilderte Art des Besitzes wird technisch juristischer Besitz genannt. Den juristischen Besitz des römischen Rechts machen also zwei Stücke aus: 1. corpus (Detention), die tatsächliche Herrschaft über die Sache (sei es, dafs man das corpus in eigner Person habe oder durch das Mittel eines Detentors, z. B. des Entleihers, Pächters usw.); 2. animus (domini), der Wille, die Sache für sich allein zu haben, d. h. der Wille, jeden anderen vom Besitz der Sache auszuschliefsen. Ist die Sache zu blofser Detention übergeben worden (z. B. Leihe, Pacht, Mandat usw.), damit der Empfänger sie also auch für mich besitze, so hat der unmittelbare Inhaber (der Entleiher usw.) blofs Detention, der mittelbare Inhaber des corpus aber (Verleiher, Verpächter, Mandant usw.) den juristischen Besitz.

Erworben wird der juristische Besitz also corpore et animo (l. 3 § 1 D. 41, 2). Was zur Herstellung des tatsächlichen Machtverhältnisses (des corpus) gehört, ist nach den Umständen verschieden. Der Besitzerwerb durch Okkupation hat schwerere Voraussetzungen als der Besitzerwerb durch Tradition; im letzteren Fall kann die blofse Einigung mit dem bisherigen Besitzer (der dem Erwerber den Besitz freigibt: vacuam possessionem facere) zum Erwerb des corpus genügen, falls Erwerber dadurch in die Lage kommt, Gewalt über die Sache zu üben (sogenannte longa manu traditio, vgl. l. 18 § 2 i. f. D. 41, 2. B.G.B. § 854, 2). Ebenso stellt der Erwerb des corpus verschiedene Anforderungen, je nachdem es sich um Grundstücke oder um Fahrhabe und wiederum je nachdem es sich um zu verwahrende Fahrhabe (z. B. Geldstücke) oder um ordnungsmäfsiger Weise frei lagernde Fahrhabe (z. B. Holz auf einem Lagerplatz) handelt (im letzteren Fall ist, wie beim Grundstück, longa manu traditio möglich) usw. Entscheidend ist immer, ob nach der Verkehrsanschauung Besitz als erworben angesehen werden kann. Zum corpus mufs der animus hinzukommen. Er ergibt sich aus dem Grund des Besitzerwerbs (causa possessionis), also aus einem objektiven Tatbestand (z. B. kaufmäfsiger Erwerb, Faustpfanderwerb, Diebstahl). Die blofs innere Willensmeinung ist gleichgültig. Wer als Depositar oder Mieter erwirbt, hat blofse Detention. Durch lediglich innere Annahme des animus domini wird er

nicht juristischer Besitzer: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (l. 3 § 19 D. 41, 2). Der Depositar (Mieter) wird zum juristischen Besitzer erst, wenn er eine Unterschlagungshandlung vornimmt oder die Sache kauft usw. Die brevi manu traditio und das constitutum possessorium (oben S. 369) sind Fälle der Änderung des animus und damit des juristischen Besitzes durch Änderung der causa possessionis. Erwerb des juristischen Besitzes durch einen Stellvertreter bedeutet Besitzerwerb durch einen Detentor, der sich auf Grund des seiner Detention unterliegenden Rechtsverhältnisses (z. B. Auftrag) dem Besitzwillen des Vertretenen unterordnet. Das römische Recht hat den Besitzerwerb nicht blofs durch unfreie, sondern auch durch freie Stellvertreter anerkannt (oben S. 259).

Verloren wird der juristische Besitz vel animo vel etiam corpore (l. 44 § 1 D. 41, 2), d. h. wenn eine von seinen beiden Voraussetzungen in das Gegenteil verkehrt ist (in contrarium actum est). Was zum Verlust des corpus gehört, bestimmt sich gleichfalls nach den Umständen und nach der Art der Sachen. An saltus hiberni und aestivi (die nur im Winter oder nur im Sommer benutzt werden) geht der Besitz nicht schon dadurch verloren, dafs ein Dritter während der offenen Zeit (es ist niemand da) sich auf dem Grundstück niederläfst, es kommt vielmehr auf das Verhalten des bisherigen Besitzers nach erlangter Kenntnis an (er verliert den Besitz animo, wenn er nun den Besitzwillen aufgibt und sich etwa darauf beschränkt, die Eigentumsklage anzustellen; er verliert den Besitz corpore, wenn der Dritte sich erfolgreich verteidigt). Die Römer sagen in solchem Fall, dafs der Besitz (an dem ordnungsmäfsiger Weise unbesetzten Grundstück) solo animo retinetur (l. 44 § 1 — l. 46 D. 41, 2); in Wahrheit besteht auch das corpus fort, so lange der Zustand der Sache den Besitzwillen nach der Verkehrsanschauung genügend widerspiegelt. Als blofs vorübergehend sich darstellende Störungen (z. B. durch Überschwemmung) bewirken keinen Besitzverlust (vgl. B.G.B. 865, 2). Dringt also ein Dritter in das unbesetzte Grundstück ein, so entscheidet sich nach der Kenntnis des Besitzers, ob die Störung als unschädlich vorübergehender Zustand (der Dritte wird unverzüglich entfernt) oder als Besitzaufhebung wirkt.

Zum Wesen des juristischen Besitzes gehören die ihm entspringenden Besitzrechte: die sogenannten jura possessionis. Darum ist an res extra commercium (oben S. 353 ff.) kein juristischer Besitz möglich. Darum kann der Rechtsunfähige keinen juristischen Besitz erwerben (quia possessio non tantum corporis sed etiam juris est, l. 49 § 1 D. 41, 2): der Sklav erwirbt grundsätzlich den juristischen Besitz seinem Herrn, das Hauskind (noch nach justinianischem Recht an Sachen, die zu seinem peculium profecticium gehören) den Besitz dem Hausvater. Ob die possessio mit den Voraussetzungen zivilen Rechtserwerbes (Usukapion) verbunden ist (civilis possessio) oder nicht (naturalis possessio, vgl. l. 1 § 9. 10 D. 43, 10, wo dies der Sinn der Unterscheidung zu sein scheint), ob die possessio rechtmäfsig erworben (justa) ist oder nicht (injusta p.), macht für die Besitzrechte keinen Unterschied: die jura possessionis (aus dem tatsächlichen Besitz) haben kein Recht auf den Besitz (jus possidendi) zur Voraussetzung. Erheblich ist, wie aus dem folgenden näher erhellen wird, für die Besitzrechte nur, ob der Besitz fehlerhaft (sogenannte vitiosa possessio) ist oder nicht. Der fehlerhaft (vi, clam, precario) erworbene Besitz ist zwar auch jedem Dritten gegenüber mit allen Besitzrechten ausgerüstet, nicht aber gegenüber demjenigen, dem der Besitz in solcher Weise entzogen wurde. Diesem gegenüber ist der fehlerhafte Besitz kein Besitz.

Die Besitzrechte sind: das Recht der Selbstverteidigung (oben S. 263) und die Besitzansprüche (die possessorischen Interdikte). Die Besitzansprüche richten sich gegen den, der formell im Unrecht ist, weil er bestehenden Besitz störte bezw. weil er seinen Besitz durch Eigenmacht (vi, clam) oder auf beliebigen Widerruf (precario) vom Gegner erlangt hat. Er ist bis auf weiteres, nämlich bis die Rechtslage zwischen beiden Teilen klargestellt ist, zur Rückgängigmachung seines formellen (besitzmäfsigen, possessorischen) Unrechts verpflichtet. Das ist der Sinn der possessorischen Interdikte.

Aber nur der juristische Besitz (mit corpus und animus) erzeugt nach römischem Recht die Besitzrechte. Nur der juristische Besitz ist den Römern Besitz im Rechtssinne (possessio) und nur der juristische Besitz ist darum durch die posses-

sorischen Interdikte geschützt. Der bloſse Detentor, z. B. der Mieter, kann nach römischem Recht nicht possessorisch klagen; er muſs auf das Rechtsverhältnis zurückgehen, in dem er zur Sache steht. Ist der Mieter eigenmächtig von einem Dritten hinausgeworfen, so ist nach römischem Recht der Vermieter (der juristische Besitzer) dejiziert und nur dieser zur possessorischen Klage ermächtigt.

Die possessorischen Interdikte des justinianischen Rechtes sind:

1. Das interdictum uti possidetis, ein interdictum retinendae possessionis, welches zur Erhaltung des gegenwärtigen juristischen Besitzes dient. Das Interdikt tritt ein im Fall einer bloſsen Störung des Besitzes, aber nur einer solchen Störung, welche den Charakter einer auf Dauer angelegten Besitzbelästigung an sich trägt (z. B. wenn der Nachbar belästigende Anlagen auf seinem Grundstücke macht, nicht schon, wenn jemand nachts an meine Fensterläden schlägt). Der juristische Besitzer verlangt mit dem Interdikt Anerkennung seines Besitzes, Unterlassung der Störung und Schadensersatz für die begangene Störung. Als juristischer Besitzer gilt aber für dies Interdikt nur, wer seinen juristischen Besitz nec vi nec clam nec precario ab adversario erworben hat[3]. Wer gewalt-

---

[3] Nach vorjustinianischem Rechte galt das interdictum uti possidetis nur für Grundstücke; für Fahrnis galt ein anderes interdictum retinendae possessionis: das interdictum utrubi. Mit dem interdictum uti possidetis (Grundstücke) siegte, wer gegenwärtig (im Augenblicke der Erteilung des Interdiktes durch den Prätor) nec vi nec clam nec precario ab adversario besaſs; mit dem interd. utrubi (Fahrnis) dagegen siegte, wer im Lauf des letzten Jahres (vor der Erteilung des Interdiktes) am längsten nec vi nec clam nec precario ab adversario besessen hatte (dabei war man berechtigt, die Besitzzeit seines Auktors sich anzurechnen, sogenannte accessio possessionis, vgl. oben S. 379). Durch die Praxis des oströmischen Reichs sind jedoch die Grundsätze des Uti possidetis auf das Utrubi erstreckt worden (utriusque interdicti potestas exaequata est), eine Praxis, welche durch das Corpus juris Justinians ihre Bestätigung gefunden hat (§ 4 I. 4, 15; l. 1 § 1 D. 43, 31). Damit ist das interdictum uti possidetis sachlich auch auf Fahrnis erstreckt worden, so daſs also nach dem Corpus Juris auch für den Besitzstreit um bewegliche Sachen lediglich der Besitzstand zurzeit des Prozesses (nämlich im Augenblick der Litiskontestation, weil die alte Erteilung des Interdiktes weggefallen

tätig (vi) oder heimlich (clam, den Widerspruch des Gegners voraussehend und durch Heimlichkeit ihm entgehend) oder bittweise (precario, auf beliebigen Widerruf, ohne bindendes Rechtsgeschäft) den juristischen Besitz fehlerhaft von dem Prozefsgegner erworben hat, wird in diesem Besitzprozefs nicht als juristischer Besitzer geachtet, vielmehr gilt sein Prozefsgegner (von welchem er vi, clam, precario erwarb) als juristischer Besitzer, und dem letzteren mufs der Besitz der Sache herausgegeben werden. So kann also z. B. der Bestohlene, so lange der Dieb noch besitzt, gegen den Dieb auch mit der possessorischen Klage (interd. uti poss., nach vorjustinianischem Recht mit dem interd. utrubi) vorgehen (sogenannte rekuperatorische Funktion des Interdikts), obgleich der Dieb selber gegen einen anderen Dieb, der ihn wiederum bestohlen hätte, seinerseits possessorisch zu klagen befugt wäre (so lange der zweite Dieb besitzt). Es kann ferner (wenn der besitzende Kläger wegen Besitzstörung mit dem interdictum uti possidetis gegen denjenigen klagt, von welchem er den juristischen Besitz vi, clam oder precario erworben hatte) der Kläger infolge der sogenannten exc. vitiosae possessionis zur Herausgabe des Besitzes an den Beklagten verurteilt werden. In diesem Sinne sagt man, dafs das interdictum uti possidetis ein interdictum duplex sei (der Befehl des Prätors richtet sich an beide Teile) und dafs die Klage ex interdicto uti possidetis (im Justinianischen Prozefs gibt es kein formelles Interdikt mehr, S. 341) zu den judicia duplicia (den zweischneidigen Klagen) gehöre: nicht blofs der Beklagte, sondern auch der Kläger kann verurteilt werden (beide Teile haben zugleich Kläger- und Beklagtenrolle)[4].

2. Das interdictum unde vi und das interdictum de precario. Diese beiden Rechtsmittel sind interdicta recuperandae possessionis. Sie dienen zur Wiedererlangung eines verloren gegangenen juristischen Besitzes, und zwar das interdictum unde vi im Fall gewalttätiger Entziehung des Besitzes an einem Grundstück (durch körperliche Gewalt, Dejek-

---

ist, S. 341) entscheidet. Vgl. Fitting in der Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 11, S. 441.

[4] Judicia duplicia sind aufserdem die Teilungsklagen, unten § 83.

tion), das interdictum de precario im Fall der Entziehung des Besitzes an einer (beweglichen oder unbeweglichen) Sache durch Erbittung des Gebrauchs auf beliebigen Widerruf (ohne Obligo), d. h. ohne Rechtsgeschäft[5]. Das interdictum unde vi geht gegen den Dejizienten als solchen, ohne Rücksicht darauf, ob er noch besitzt oder nicht, ob er in eigner Person oder durch andere die

---

[5] Der Mangel des Vertragsschlusses begründet den Unterschied zwischen Prekarium einerseits, Miete und Kommodat (vgl. unten § 79 I b) andererseits. Auch wenn beim Prekarium Abreden getroffen sind, so sollen sie doch nicht rechtlich verbindliche Kraft haben. Das Prekarium beruht immer nur auf einer Besitzüberlassung „bis auf weiteres“ und ist daher stets zu jeder Zeit widerruflich (Miete und Kommodat erst nach Beendigung des eingeräumten Gebrauchs). Der precario dans will zu nichts verpflichtet sein. Daher der beliebige Widerruf und daher niemals Haftung des precario dans für Schadensersatz (es liege denn dolus vor) oder für Ersatz von Auslagen (auch impensae necessariae braucht der precario dans nicht zu ersetzen; der andere hat höchstens ein jus tollendi). Ebenso umgekehrt: der Prekarist schuldet keine diligentia, und hat der Prekarist einen Zins versprochen (was in klassischer Zeit häufig war, während ursprünglich das Prekarium unentgeltliche Gebrauchsüberlassung gewesen zu sein scheint), so kann doch auf den Zins nicht geklagt werden. Das Prekarium besteht als ein tatsächliches Verhältnis, ohne gegenseitige Einräumung von Rechten, und auch einen Anspruch auf Rückgabe der precario überlassenen Sache hat der precario dans nicht auf Grund eines Versprechens (eines Forderungsrechtes, wie bei Miete und Kommodat), sondern lediglich auf Grund des precario habere auf seiten des Prekaristen. Der Prekarist besitzt deshalb formell selbständig. Es besteht kein Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Leiheherrn, welches seinen Besitz dem precario dans unterordnete (wie bei der Miete). Der Prekarist hat deshalb juristischen Besitz (vgl. Anm. 2). Er besitzt formell auf eigne Faust und schliefst, sobald ihm nicht blofs ein „in der Sache sein“ (in possessione esse), sondern die Sache selber anheimgegeben war, auch den Herrn (precario dans) von der Sache aus (der precario dans hat keinen Sachbesitz). Nur dafs der juristische Besitz des Prekaristen einen „Fehler“ (vitium possessionis) hat: sobald der Herr widerruft, mufs der prekaristische Besitz als „fehlerhaft“ erlangt auf possessorische Klage des Herrn zurückgegeben werden. Das Besitzverhältnis ist durch Rückgabepflicht dem Herrn gegenüber „vitiös“ geartet. — Seinen Ausgang hat das römische Prekarium vielleicht von dem Bittbesitz des Klienten genommen (an den Grundstücken, welche der Patron ihm zum Zweck der Gewährung seines Lebensunterhaltes überliefs). — Nach dem B.G.B. § 604, 3 fällt das Prekarium unter den Begriff der Gebrauchsleihe; es gibt also ein besonderes prekaristisches Rechtsverhältnis nicht mehr.

Dejektion bewirkt hatte, ob der Kläger selbst vi, clam oder precario von ihm erworben hatte oder nicht. Während also bei dem interdictum uti possidetis der Beklagte antworten kann: du (Kläger) hast aber vi, clam oder precario von mir erworben (sogenannte exceptio vitiosae possessionis), wodurch dann, wie soeben ausgeführt ist, die Verurteilung des Klägers herbeigeführt werden kann, ist bei dem interdictum unde vi diese exceptio vitiosae possessionis ausgeschlossen[6]. Das interdictum de precario geht ebenso gegen den Prekaristen als solchen (welcher precario habet vom Kläger oder dolo malo fecit, ut desineret habere). Das interdictum unde vi geht vom Augenblick der Dejektion an auch auf Schadensersatz wegen versäumter Sorgfalt; der Prekarist haftet als solcher nur für dolus und culpa lata (vgl. Anm. 5) und erst vom Erlaſs des Interdiktes an für omnis diligentia.

Das interdictum unde vi und ebenso das interdictum uti possidetis wird nur intra annum (utilem) gegeben; post annum gibt es nur noch eine actio in factum auf Herausgabe der Bereicherung (quod ad eum pervenit). Das interdictum de precario verjährt dagegen erst in der ordentlichen Verjährungsfrist (von 30 bezw. 40 Jahren).

Die genannten Interdikte (retinendae und recuperandae possessionis)[7] sind dem juristischen Besitzer als solchem zuständig, ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich an der Sache ein Recht hat oder nicht. Es wird ihm Schutz zu teil um seines Besitzes willen (daher die Bezeichnung der Inderdikte als possessorischer Rechtsmittel) ohne Rücksicht auf sein Recht. Ja, die Rechtsfrage ist geradezu ausgeschlossen.

[6] So nach Justinianischem Rechte. Nach klassischem Rechte bestand ein Unterschied zwischen dem interdictum de vi armata (welches die exceptio ausschloſs) und dem interdictum de vi (quotidiana), bei welchem die exceptio zulässig war. Justinian hat den Unterschied beseitigt: die exceptio wird in allen Fällen des interdictum unde vi versagt.

[7] Nur diese Interdikte sind possessorisch geartet. Die interdicta adipiscendae possessionis, die auf Erlangung eines noch nicht innegehabten Besitzes gehen (die also nicht dem Besitz entspringen, sondern nur den Besitz verlangen) sind petitorischer Natur: sie machen ein Recht auf Besitz geltend, z. B. das Pfandrecht (interdictum Salvianum, unten § 72) oder das prätorische Erbrecht (interdictum quorum bonorum, unten § 110).

Der Beklagte kann sich nicht durch Berufung auf sein Recht an der Sache verteidigen. Wer den juristischen Besitz hat (nec vi nec clam nec precario ab adversario) ist possessorisch (für den Besitzstreit) im Recht, auch wenn er sachlich im Unrecht wäre. Was bedeutet das? Was ist der Sinn und Grund des Besitzesschutzes?

Der Besitz ist kein Recht an der Sache, noch erzeugt er Rechte an der Sache. Er ist ein rein tatsächliches Verhältnis. Der Besitzesschutz ist darum kein Rechtsschutz und der Besitzanspruch kein Rechtsanspruch (kein petitorischer Anspruch). Die possessorische (auf den Besitz als solchen gegründete) Klage ist der Gegensatz zu der petitorischen (auf ein Recht gegründeten) Klage. Was der Besitzesschutz geltend macht, ist das formelle Unrecht des Gegners. Wer Eigenmacht übt (offen oder heimlich oder durch Anmafsung widerruflich gegebenen Besitzes)[8] ist formell im Unrecht und soll deshalb zunächst den eigenmächtig gestörten Besitzstand wieder herstellen. Vorläufig, bis auf weiteres (d. h. possessorisch) ist der Besitzer im Recht, auch wenn er sachlich im Unrecht ist. Die petitorische Klage bringt endgültige Entscheidung auf Grund der Rechtslage. Die possessorische Klage bringt nur vorläufige Entscheidung auf Grund der Besitzlage, d. h. auf Grund der formellen Lage der Parteien. Und warum ist der Eigenmächtige formell im Unrecht? Weil er in dem Besitz die Persönlichkeit des Besitzers angegriffen hat. Die Rechtsordnung schützt die Persönlichkeit nicht blofs mittelbar durch den Schutz ihrer Rechte (petitorisch), sondern auch unmittelbar, blofs um ihrer Persönlichkeit willen, ohne Rücksicht auf ihre Rechte.

Der unmittelbare Persönlichkeitsschutz (auf dem Gebiet des Privatrechts) ist der Besitzesschutz. Die Freiheit der Privatperson von privater Überwältigung (vgl. oben S. 263) ist Sinn und Grund des Besitzesschutzes.

---

[8] Der Widerstand des Prekaristen ward von den Römern verbotener Eigenmacht gleichgeachtet, obgleich Prekarist besitzt. Im B.G.B. ist das Prekarium in das Gebiet des petitorischen Klagschutzes herübergenommen worden (Anm. 5 a. E.): Gebrauchsüberlassung auf Widerruf erzeugt keinen Besitzanspruch mehr. So ist im B.G.B. der Besitzesschutz nur noch gegen Fälle echter Eigenmacht (vi, clam) gerichtet.

Dennoch bedeuten diese possessorischen Rechtsmittel, welche formell nur den Besitz schützen, im praktischen Erfolg regelmäfsig einen Schutz des Sachenrechts, an erster Stelle des Eigentums. In weitaus der Mehrzahl der Fälle ist es der Eigentümer, welcher zugleich den juristischen Besitz hat bezw. gehabt hat. Folglich hat der Eigentümer regelmäfsig (nach römischem Recht) folgende Wahl:

1. Er kann petitorisch klagen (d. h. auf Grund seines Rechts an der Sache), unter Nachweis seines Eigentums (§ 65).

2. Er kann petitorisch klagen unter Nachweis blofs seines Usukapionsbesitzes (actio Publiciana). Er sieht davon ab, dafs er Eigentümer ist; er macht geltend, dafs die Erfordernisse des Ersitzungsbesitzes in seiner Person erfüllt sind (§ 66).

3. Er kann possessorisch klagen unter Nachweis blofs seines juristischen Besitzes (die possessorischen Interdikte). Er sieht davon ab, dafs er Eigentümer oder doch Ersitzungsbesitzer ist; er macht nur geltend, dafs die Erfordernisse des juristischen Besitzes (tatsächliche Gewalt über die Sache mit animus domini) in seiner Person erfüllt und wirksam sind[9].

Ähnlich wie das Eigentum stehen die Rechte an fremder Sache. Wer als Emphyteuta (Erbpächter), Superfiziar (Erbbauberechtigter) oder Pfandgläubiger besitzt, hat gleichfalls (mag er in Wirklichkeit berechtigt sein oder nicht) juristischen Sachbesitz (corporis possessio), so dafs ihm (nicht dem Eigentümer) die possessorischen Interdikte zuständig sind (Fälle des sogenannten abgeleiteten juristischen Besitzes, vgl. Anm. 2). Auch der Emphyteuta, Superfiziar, Faustpfandgläubiger können daher bei Störung ihres Besitzes nach ihrer Wahl petitorisch (unter Berufung auf das Recht) oder possessorisch (unter Berufung nur auf den Besitz) klagend vorgehen. Mit der Ausübung einer Servitut (Dienstbarkeit) ist nach römischem Recht juristischer Sachbesitz nicht verbunden. Auch der Niefsbraucher ist den Römern für den Sachbesitz nur Detentor (Besitzwerkzeug) des

[9] Vgl. Jhering, Jahrb. f. Dogmatik des heutigen römischen Rechts. Bd. 9, S. 44 ff.

Eigentümers: der Eigentümer hat den juristischen Sachbesitz durch den Niefsbraucher. Aber die Ausübung einer Dienstbarkeit (gleichgut ob berechtigt oder unberechtigt) mit Rechtsausübungswillen gibt nach römischem Recht wenigstens in einer Reihe von Fällen juristischen Rechtsbesitz (juris possessio, quasi possessio), juristischen Besitz der Servitut (z. B. des Niefsbrauchs, der Wegegerechtigkeit), so dafs auch der Servitutberechtigte in der Regel sowohl durch petitorische (a. in rem confessoria) wie durch possessorische Klage geschützt ist, vgl. unten § 69 VI.

Die überragende wirtschaftliche Bedeutung der Sachenrechte kommt in der reichen Entfaltung der ihnen zu Gebote stehenden Schutzmittel zum Ausdruck.

L. 12 § 1 D. de adq. poss. (41, 2) (ULPIAN.): Nihil commune habet proprietas cum possessione.

L. 1 § 2 D. uti possid. (43, 17) (ULPIAN.): Separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

L. 3 § 1 D. de adq. poss. (41, 2) (PAULUS): Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.

Anhang. Schon im gemeinen Pandektenrecht war der römische juristische Besitz entkräftet: durch das aus dem kanonischen Recht (vgl. oben § 26) in das gemeine deutsche Recht herübergenommene Spolienrecht. Spolium ist eigenmächtige Besitzentziehung. Gegen den Spolianten hatte der Spoliierte bis zur Rückgabe des Besitzes die exceptio spolii, eine prozefshindernde Einrede, kraft deren er jeder Klage des Spolianten gegenüber (aus irgend welchem Rechtsgrunde, z. B. aus einem Darlehen) die Einlassung zu verweigern berechtigt war (vgl. den berühmten pseudoisidorischen canon Redintegranda: c. 3 C. 3 qu. 1 im Decr. Gratiani). Die exceptio spolii ist durch das B.G.B. beseitigt. Anders die actio spolii, die das klassische kanonische Recht gleichfalls aus dem canon Redintegranda abgeleitet hat. Mit der actio spolii konnte wegen jeder eigenmächtigen Besitzentziehung (nach gemeinrechtlicher Praxis auch wegen Besitzstörung) possessorisch geklagt werden. Auch gegen den Dritten, der bösgläubig (in Kenntnis von dem spolium) den Besitz durch den Spolianten erlangt hatte (c. 18 X. 2, 13, der berühmte canon Saepe). Vor allem, die actio spolii war nicht blofs dem Herrenbesitzer, dem juristischen Besitzer des römischen Rechts, sondern auch dem Detentor, der fremde Macht über die Sache anerkannte, insbesondere dem Mieter und Pächter zuständig. Sie

schützte in dem Mieter und Pächter die breite Masse der Bevölkerung gegen Eigenmacht, auch gegen die Eigenmacht ihrer Herren. Das römische Besitzrecht ist von aristokratischer, das kanonische und gemeinrechtliche Spolienrecht von demokratisch-bürgerlicher Natur. Durch Savignys glänzendes Buch über den Besitz (oben S. 175) ward das römische Recht vom juristischen Herrenbesitz neu belebt, aber nur vorübergehend. Das Spolienrecht blieb landesrechtlich in Kraft (so im Gebiet des preufsischen Landrechts), kam dann auch gemeinrechtlich wieder zur Anerkennung und hielt endlich triumphatorischen Einzug in das B.G.B.

Für das Recht des B.G.B. (§§ 854 ff.) gibt es keinen juristischen Besitz mehr. Im B.G.B. ist noch von Eigenbesitz, d. h. von Besitz mit Eigentümerwillen (gleichgut ob berechtigt oder unberechtigt) die Rede (§ 872). Der Eigenbesitz hat Bedeutung für die Ersitzung und den Fruchterwerb (§§ 900. 937. 955). Aber possessorisch, d. h. für den Besitzschutz, ist der Eigenbesitz als solcher gleichgiltig (es kommt vielmehr possessorisch nur darauf an, ob mittelbarer oder unmittelbarer Besitz vorliegt). Der animus domini (den übrigens nach römischem Recht auch der als Faustpfandgläubiger, als Erbpächter, als Erbbauberechtigter, als Prekarist Besitzende hatte) spielt im B.G.B. keine Rolle mehr. Der Besitz des B.G.B. besteht lediglich in der körperlichen Gewalt (§ 854). Er wird erworben solo corpore. Er geht verloren solo corpore. Es ist kein Herrenwille nötig. Es ist nur nötig selbständige Inhabung. Wer, in personenrechtlichem Unterordnungsverhältnis stehend, unselbständige Innehabung übt, ist noch heute blofser Besitzdiener, Werkzeug fremden Besitzes, ohne eignen Besitz (§ 856). Wer aber nur schuldrechtlich in der Ausübung seiner Besitzmacht beschränkt ist, — so der Mieter, der Pächter, der Beauftragte, der Niefsbraucher usf. —, der ist nach heutigem Recht Besitzer (selbständiger, wenngleich obligatorisch einem anderen verpflichteter, Inhaber), nicht mehr blofser Detentor (Besitzwerkzeug) im Sinne des römischen Rechts. Er hat alle Besitzrechte, auch die Besitzansprüche. Der Vermieter, Verpächter, Auftraggeber usw., der nach römischem Recht zwar nicht immer, aber doch in der Regel juristischer Besitzer, d. h. der einzige Besitzer im Rechtssinne war (der Detentor war nur in possessione, nicht possessor), ist im heutigen Recht zum blofs mittelbaren Besitzer herabgedrückt (§ 868): er hat Besitz nur mittels des Besitzes des ihm Verpflichteten. Der schuldrechtlich Verpflichtete ist Besitzmittler für den Anspruchsberechtigten, aber nicht (wie der römische Detentor) Besitzdiener, Besitzwerkzeug. Der Anspruchsberechtigte (der mittelbare Besitzer) kann im Verhältnis zu Dritten auf Grund des Besitzes seines Besitzmittlers die Besitzrechte geltend machen (§ 869): im Aufsenverhältnis ist neben dem unmittelbaren Besitzer (dem Inhaber) auch der mittelbare Besitzer als Besitzer aufzutreten berechtigt. Aber im Innenverhältnis, im Verhältnis zu seinem Besitzmittler ist der mittelbare Besitzer kein Besitzer mehr. Der (selbständige) Inhaber, der unmittelbare Besitzer, der Besitzmittler ist vielmehr wie jedem Dritten so auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber der Besitzer, der Besitzherr. Nach römischem Recht war der Vermieter

possessorisch im Recht (gleichgut ob er sachlich im Recht war), wenn er seinen Mieter eigenmächtig entsetzte (l. 18 D. 43, 16). Heute würde der Vermieter possessorisch im Unrecht sein. Der Mieter würde heute befugt sein, sich der Eigenmacht des Vermieters zu erwehren; er würde, falls der Vermieter Eigenmacht gegen ihn übte, nicht blofs den (petitorischen) Mietanspruch, sondern den Besitzanspruch wegen Besitzentziehung bzw. wegen Besitzstörung (§ 861. 862) haben. Der Mieter (der unmittelbare Besitzer) hat die Besitzrechte gegenüber dem Vermieter (dem mittelbaren Besitzer). Die Rollen haben sich umgekehrt. Aus dem Nichtbesitzer (Detentor) ist der Besitzer geworden, und der mittelbare Besitz des schuldrechtlich Anspruchsberechtigten ist kein juristischer Besitz (Herrenbesitz) im Sinne des römischen Rechts mehr. Der dritte Stand ist in der Hauptsache der Stand der Mieter. Das Emporsteigen des dritten Standes kommt wie in der Staatsverfassung so in dem Besitzrecht unserer Gegenwart zum Ausdruck.

II. Die Rechte an fremder Sache.

§ 68.

Im allgemeinen.

Das Eigentum allein vermag auf die Dauer den Interessen des Verkehrs nicht zu genügen. Es mufs möglich sein, dafs man in Form Rechtens auch auf fremde Sachen einzuwirken befugt ist.

Diesem Bedürfnis der Ergänzung der eigenen Wirtschaft durch fremde Sachen (ohne das Eigentum an denselben erwerben zu müssen) kann das obligatorische Rechtsgeschäft mit dem Eigentümer dienen, z. B. der Pacht- und Mietvertrag. Dann hat der Berechtigte aber immer nur (weil er ein blofses Forderungsrecht erworben hat, vgl. § 73) ein Recht gegen die Person des anderen Kontrahenten. Wird der Pächter von einem anderen als seinem Verpächter in dem Besitz und Genufs des Pachtgutes gestört, so hat er gegen diesen Dritten aus seinem Pachtrecht keine Klage; er mufs sich erst an seinen Verpächter wenden, damit dieser gegen den Dritten einschreite, nötigenfalls klage[1].

Das obligatorische Rechtsgeschäft gibt also nur ein unvollkommenes (blofs relativ, persönlich wirkendes) Recht hinsichtlich der fremden Sache. Daher ist das Bedürfnis, um

[1] Der Pächter hat nur das Recht, dafs der Verpächter ihn gebrauchen lasse (vgl. S. 362. 404 Anm. 1.

welches es sich hier handelt, durch Rechtsgeschäfte dieser Art nicht voll befriedigt. Es mufs besser geschützte Rechte in bezug auf fremde Sachen geben.

Diesem Bedürfnis zu genügen, sind die dinglichen Rechte an fremder Sache ausgebildet worden. Sie geben ein stärkeres, nämlich ein absolutes, gegen jeden Dritten wirksames und klagbares Recht hinsichtlich der Sache (oben S. 362). Diese dinglichen Rechte an fremder Sache, von den Römern schlechtweg als jura in re bezeichnet, sind es, welche uns im folgenden beschäftigen werden. Ihre gemeinsame juristische Natur (im Gegensatz zum Eigentum) ist, dafs sie ihrem Inhalt nach beschränkte Herrschaftsrechte über eine Sache darstellen, dafs sie begrenzte Rechte an der Sache sind, obgleich sie — darin dem Eigentum gleich — gegen jeden störenden Dritten unmittelbar wirksam sind. Im übrigen sind die einzelnen jura in re nach Art und Bedeutung der von ihnen gewährten Herrschaft wesentlich voneinander verschieden.

Das römische Recht hat nur verhältnismäfsig wenige jura in re ausgebildet: die Servituten, die Emphyteuse, die superficies, das Pfandrecht. Die weiteren begrenzten Sachenrechte des B.G.B., das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallast, auch die Ausgestaltung des Grundpfandrechts als Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld sind dem römischen Recht unbekannt.

§ 69.

Die Servituten.

Die Servituten (Dienstbarkeiten) haben die Aufgabe, unter möglichster Schonung des Eigentümers auch anderen eine Teilnahme an der Nutzbarkeit der Sache zu gewähren. Das servitutbelastete Eigentum „dient“ (servit), es ist beschränkt, nicht vollfrei, aber doch nicht wirtschaftlich aufgehoben. Im Gegenteil: im Verhältnis zur Servitut ist das Eigentum das stärkere Recht. Es ist daher charakteristisch, dafs das altrömische Zivilrecht neben dem Eigentum nur die Servitut duldet und zuläfst. Es will grundsätzlich freies Eigentum und duldet daher die jura in re nur in der beschränkten Form der Servitut. Alle übrigen jura in re sind erst später, durch den Prätor (Pfandrecht

und superficies, unten § 71, 72) oder durch die spätkaiserliche Gesetzgebung (die Emphyteuse, unten § 70), ausgebildet worden.

Im Interesse des Eigentums ist die Servitut teils dadurch zurückgesetzt, dafs sie nur ganz bestimmte, einzelne Nutzungsrechte dem Servitutberechtigten gewährt (sie gibt kein Besitzrecht im eigentlichen Sinn, nicht das Recht, jeden anderen von der Sache auszuschliefsen, sondern nur dingliches Genufsrecht, das Recht, gewisse Nutzungshandlungen an der Sache vorzunehmen), teils dadurch, dafs sie unveräufserlich und unvererblich einem bestimmten Subjekt zusteht und mit dem Untergang dieses Subjektes selber untergeht. Servituten sind begrenzte dingliche Nutzungsrechte (Genufsrechte) an fremder Sache mit gegebenem Subjekt.

Die Art, wie das Subjekt einer Servitut bestimmt wird, ist eine zwiefach verschiedene: entweder ist das Subjekt persönlich bestimmt (Personalservituten) oder das Subjekt ist dinglich bestimmt (Real- oder Prädialservituten). Bei den Prädialservituten ist der jedesmalige Eigentümer eines Grundstücks der Servitutberechtigte. Nach dem B.G.B. (§ 99) gilt die Prädialservitut als Bestandteil des herrschenden Grundstücks. Die Personalservitut ist untrennbar von diesem bestimmten Berechtigten: sie kann nicht veräufsert noch vererbt werden. Die Prädialservitut ist untrennbar von diesem Grundeigentum: es gibt keine selbständige Veräufserung der Prädialservitut.

Die Personalservituten gehen unter durch den Tod des Berechtigten (sie sind höchstens lebenslängliche Rechte); — dem Tod wirkt nach römischem Recht die capitis deminutio gleich (nach klassischem Recht auch die capitis deminutio minima, oben S. 205). Die Prädialservituten gehen, wenn nicht andere Gründe eintreten, erst unter mit dem Untergang des Grundstücks. Die Personalservituten (welche regelmäfsig einen reicheren Inhalt von Befugnissen gewähren) sind um so mehr in bezug auf ihre Dauer, die Prädialservituten (welche ewig dauern können) sind dafür um so entschiedener in bezug auf ihren Inhalt eingeschränkt.

I. Die wichtigsten Personalservituten des römischen Rechts sind:

a. Der usus fructus (Niefsbrauch). Er gewährt das (höchstens) lebenslängliche dingliche Recht auf den vollen Genufs und Fruchtertrag einer fremden Sache (der Eigentümer hat nur noch die „nuda proprietas“), aber „salva rei substantia“. Dem Niefsbraucher ist (auch nach B.G.B. § 1037) das Recht der Substanzänderung, also z. B. dem Niefsbraucher eines Grundstücks das Recht der Kulturänderung versagt. Mit wesentlicher Änderung der Sache geht vielmehr nach römischem Recht (vgl. l. 5 § 2. 3. l. 10 D. 7, 4) der Niefsbrauch unter, z. B. wenn der Niefsbraucher aus dem Sumpf ein Ackerfeld macht (nach B.G.B. verpflichtet die Sachänderung den Niefsbraucher zum Ersatz etwaigen Schadens). Der Niefsbraucher hat grundsätzlich nur das Recht auf den Genufs der Sache in dieser Gestalt, nicht ein Recht auf den Genufs der Sache in jeglicher Gestalt. Auch erwirbt er nur die Früchte, nicht sonstigen durch die Sache vermittelten Erwerb (z. B. nicht die Schatzhälfte des Eigentümers, nach römischem Recht auch nicht den Windbruch, vgl. oben S. 387 Anm. 11). Die Früchte erwirbt er ferner nach römischem Recht erst durch Perzeption (heute schon mit der Trennung oben S. 387). Er steht zur Sache nicht wie ein Eigentümer. Er ist vielmehr dem Eigentümer zur Innehaltung der Grenzen seines Rechts, überhaupt zur Sorgfalt eines bonus vir (omnis diligentia) schuldrechtlich verpflichtet. Darum mufs er die cautio usufructuaria leisten (Rückgabeversprechen und Sorgfaltversprechen in Stipulationsform, l. 1 pr. D. 7, 9)[1]. Er ist der Sache nicht mächtig, obgleich er sie in Händen hat. Darum ist er nach römischem Recht blofser Detentor. Er hat keinen juristischen Sachbesitz (vielmehr besitzt der dominus durch ihn), sondern nur juristischen Rechtsbesitz (den Besitz seiner Servitut, unten VI), während er nach heutigem Recht allerdings zum Sachbesitzer aufgerückt ist, so dafs dem Eigentümer nur noch mittelbarer Sachbesitz zukommt.

---

[1] Die Kaution begründete nach römischem Recht die schuldrechtliche Verpflichtung des Niefsbrauchers. Darum mufste sie stets bestellt werden (vgl. oben § 65 Anm. 3. 6). Heute besteht die schuldrechtliche Verpflichtung des Niefsbrauchers kraft Gesetzes und bedarf es darum einer Kaution (einer Sicherheitsleistung) von Seiten des Niefsbrauchers nur ausnahmsweise. B.G.B. § 1051. 1052.

Es steht beim Usufruktuar, ob er den ihm zuständigen Genufs und Fruchtertrag in Natur oder in Form einer Geldsumme (durch Verkaufen oder Vermieten der Ausübung des ususfructus an einen anderen) wahrnehmen will. Nach Beendigung des Niefsbrauchs mufs die Sache unverändert zurückgegeben werden. An res consumtibiles (oben S. 356) ist daher kein ususfructus möglich. Der sogenannte quasi ususfructus an Konsumtibilien (es ist z. B. im Testament der Niefsbrauch an 1000 Flaschen Wein oder an Geld vermacht worden) bedeutet vielmehr Eigentum an den Konsumtibilien, welches der Bedachte unter der Verpflichtung erwirbt, nach seinem Tode (d. h. sein Erbe mufs zahlen) die gleiche Quantität und Qualität von Konsumtibilien (bezw. deren Geldwert) zurückzuleisten. Er mufs die cautio usufructuaria bestellen, d. h. in Stipulationsform (unten § 80) Rückleistung finito usufructu versprechen. Durch die cautio usufructuaria wird das Eigentum des Quasiusufruktuars an den erworbenen Konsumtibilien wirtschaftlich dem Mafs der Rechte eines blofsen Niefsbrauchers angenähert. Auch das B.G.B. hat den Quasi-Niefsbrauch an verbrauchbaren Sachen (§ 1067). Der Quasi-Niefsbraucher ist kraft Gesetzes zur Rückleistung des Geldwertes des Empfangenen (nicht zur Rückleistung der gleichen Art von Konsumtibilien) verpflichtet. Der cautio usufructuaria bedarf es nicht mehr. Nur wenn der Ersatzanspruch als gefährdet erscheint, kann der Besteller Sicherheitsleistung fordern.

b. Der usus gewährt das (höchstens) lebenslängliche dingliche Recht auf den Genufs und Fruchtertrag einer fremden Sache, soweit derselbe zur Befriedigung der eignen Bedürfnisse des Usuars notwendig ist. Vermieten und Verkaufen ist hier also grundsätzlich ausgeschlossen. Der Usuar hat die cautio usuaria zu bestellen, durch welche er (ebenso wie der Usufruktuar) Restitution der Sache nach beendigtem usus und Sorgfalt in bezug auf die Benutzung der Sache (ev. Schadensersatz) verspricht.

c. Die habitatio ist das (höchstens) lebenslängliche dingliche Recht, in einem fremden Hause zu wohnen, jedoch nur nach Art eines Alimentationsberechtigten: d. h. über Art und Ort der Wohnung des habitator im Hause bestimmt der Wille

des Hauseigentümers (während nicht blofs der usufructus, sondern auch der usus an einem Hause das Recht gibt, Art und Ort der eignen Wohnung im Hause selber zu bestimmen). Der habitator ist jedoch berechtigt, die ihm zugewiesenen Wohnräume nicht selber zu benutzen, sondern an andere zu vermieten. Er kann den Vorteil, welcher ihm zum Zweck seines Lebensunterhaltes durch die habitatio gewährt sein soll, also auch in Form einer Geldsumme geniefsen.

d. Die operae servorum bedeuten ein beschränktes Nutzungsrecht an einem fremden Sklaven: das (höchstens) lebenslängliche dingliche Recht, die Arbeitskraft eines fremden Sklaven zu benutzen, sei es dadurch, dafs man seine Dienste entgegennimmt, sei es dadurch, dafs man sie vermietet. Habitatio und operae servorum (auch die letzteren scheinen der Alimentation des Berechtigten dienen zu sollen) gehen schon nach klassischem Recht durch capitis deminutio minima nicht verloren.

Überdies war es bereits nach römischem Recht möglich, jede beliebige Nutzungsbefugnis, auch solche Befugnis, die gewöhnlich in Form einer Prädialservitut vorkam (z. B. die Wasserschöpfgerechtigkeit, die Wegegerechtigkeit), zum Inhalt einer Personalservitut zu machen, also solche Befugnis lediglich einer bestimmten Person als Inhalt eines dinglichen Rechts zu gewähren (sogenannte irreguläre Personalservituten).

Die operae servorum sind heute selbstverständlich verschwunden. An Stelle des usus, der habitatio und der „irregulären" Personalservituten hat das B.G.B. die einzige Rechtsform der „beschränkten persönlichen Dienstbarkeit", die aber nur an einem Grundstück möglich ist (§ 1090 ff.). So sind heute nur zwei Arten der persönlichen Dienstbarkeiten zu unterscheiden: der Niefsbrauch (an einem Grundstück oder an Fahrnis oder an einem Recht, z. B. einem Forderungsrecht) und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (nur an einem Grundstück).

pr. I. de usufr. (2, 4): Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia.

§ 1 I. de usu et hab. (2, 5): Minus autem scilicet juris in usu est, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intellegitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis, lignis ad usum cottidianum utatur; in

eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit: neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, cum is, qui usumfructum habet, potest haec omnia facere.

L. 1 pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat (7, 9) (ULPIAN.): Si cujus rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit.

II. Die Prädialservituten (Grunddienstbarkeiten) sind entweder servitutes praediorum rusticorum (solche Servituten, welche gewöhnlich zugunsten von Feldgrundstücken vorkommen) oder servitutes praediorum urbanorum (solche Servituten, welche gewöhnlich zugunsten von Gebäuden vorkommen).

a. die wichtigsten Rustikalservituten (Felddienstbarkeiten) sind: die Wegegerechtigkeiten (servitus itineris, actus, viae)[2], die Wasserleitungsgerechtigkeit (servitus aquaeductus), die Wasserschöpfgerechtigkeit (servitus aquae hauriendae), die Weidegerechtigkeit (serv. pecoris pascendi).

b. Die wichtigsten Urbanalservituten (Gebäudedienstbarkeiten) sind die servitus altius non tollendi (auf dem Nachbargrundstück darf nicht höher gebaut werden), die servitus tigni immittendi (das Recht, den Balken, welcher mein Stockwerk trägt, in die Nachbarmauer zu legen), die servitus oneris ferendi (ich bin berechtigt, meine Mauer auf die Nachbarmauer zu setzen), die servitus stillicidii (Recht des Tropfenfalls), die servitus protegendi (das Recht, einen Vorbau in des Nachbarn Luftraum zu haben).

In all diesen Fällen dient das eine Grundstück dem anderen.

---

[2] Iter bedeutete bei den Römern der Fufsweg, actus den Trift- und Fahrweg (das Recht des Fufswegs war darin mitbegriffen: qui actum habet, et iter habet), via die hergerichtete Fahrstrafse, 8 Fufs breit, in der Biegung 12 Fufs (so bestimmten schon die 12 Tafeln), vgl. l. 1 pr. l. 8 D. 8, 3. — Die Prädialservituten sind älter als die Personalservituten (die Prädialservituten des fundus italicus zählen zu den res mancipi, oben S. 360) und heifsen daher bei den Römern auch servitutes schlechtweg.

Daher heifst das Grundstück, auf welchem die Servitut ruht, „dienendes Grundstück" (praedium serviens), das Grundstück, welchem die Servitut zugute kommt, „herrschendes Grundstück" (praedium dominans). Beide Grundstücke müssen vicina, d. h. so zueinander gelegen sein, dafs das eine dem anderen nützen könne. Das dienende Grundstück mufs durch seine dauernde Beschaffenheit (causa perpetua) dem herrschenden Grundstück den Nutzen bringen, und umgekehrt mufs der Nutzen der servitus nicht blofs für diesen Eigentümer, sondern für jeden Eigentümer des herrschenden Grundstücks vorhanden sein. In diesem Sinne dient das Grundstück dem anderen Grundstück. Die Form der Prädialservitut ist dann unmöglich, wenn es sich nur um eine Befriedigung von Bedürfnissen des gegenwärtigen Eigentümers handelt: servitus praedio utilis esse debet (l. 15 pr. l. 19 D. 8, 1).

III. Das Recht des Servitutberechtigten ist, den Inhalt der Servitut zu verwirklichen, und zwar in den Fällen der Prädialservitut nach Mafsgabe des durch die Verhältnisse des Grundstücks bestimmten Bedürfnisses (z. B. bei der Weidegerechtigkeit). Der Eigentümer der dienenden Sache andrerseits ist grundsätzlich nur zum Dulden der gegnerischen Nutzungshandlung (pati, non facere), nicht aber zu positiven Leistungen an den Servitutberechtigten verpflichtet (servitus in faciendo consistere nequit): die Servitut kann (als dingliches Recht) nicht darin bestehen, dafs ein andrer handle (in faciendo), sondern nur darin, dafs ich selber zu handeln befugt sei. Eine Verpflichtung des Gegners kann, wie bei allen dinglichen Rechten, nur als Folge des Servitutrechts entstehen, wenn er dem dinglichen Recht zuwider handelt; sie kann niemals den Inhalt des dinglichen Rechtes bilden.

pr. I de serv. praed. (2, 3): Rusticorum praediorum jura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque, qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet. Aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum.

§ 1 eod: Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellantur, etsi in villa aedificata sunt. Item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat: et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiatur.

IV. Erwerb der Servituten. Eine echte Servitut (ex jure Quiritium) wird nach römischem Zivilrecht vertragsmäfsig nur durch in jure cessio gültig bestellt, also durch Scheinvindikation der Servitut mit nachfolgendem Geständnis des Scheinbeklagten und addictio des Prätors zugunsten des Scheinklägers. Servitutes praediorum rusticorum (in Italien) galten jedoch für res mancipi, und war daher für die italischen Rustikalservituten neben der in jure cessio auch die Rechtsform des Sacherwerbes, die mancipatio (oben S. 53 ff.), zum Zweck der Begründung der Servitut möglich[8].

---

[8] Daneben gab es eine sogenannte deductio servitutis, d. h. Begründung einer Servitut durch Vorbehalt bei der Eigentumsveräufserung mittels in jure cessio oder mancipatio. Es konnte also das Grundstück z. B. manzipiert werden deducto usufructu oder bei der in jure cessio vindiziert (und demgemäfs addiziert) werden deducto usufructu. Dann entstand die Servitut kraft der lex mancipationi bzw. in jure cessioni dicta (uti lingua nuncupassit, ita jus esto, oben S. 66), also kraft der vom Veräufserer erklärten Einschränkung seines Veräufserungswillens, nicht kraft eines vom Erwerber erklärten Servitutenbestellungswillens (vgl. P. Kretschmar, die Erfüllung, Teil I, 1906, S. 40). Es waren nicht zwei Rechtsgeschäfte abgeschlossen worden (zum ersten Eigentumsübertragung, zum zweiten Servitutenbestellung), sondern ein einziges Rechtsgeschäft, nämlich eine Eigentumsübertragung zu minderem Recht. Die deductio servitutis war also formell wirklich deductio, nicht constitutio servitutis. Für den Erwerber des Eigentums lag lediglich ein Erwerbsgeschäft vor, wenngleich ein Erwerbsgeschäft mit geschmälerter Wirkung (da er nicht freies Eigentum erwarb). Das war von Bedeutung für den Fall, dafs der Erwerber zwar zu seinen Gunsten, aber nicht zu seinen Lasten Rechtsgeschäfte zu schliefsen fähig war (oben S. 252. 254). Die Servitut kam dann doch durch deductio auch ihm gegenüber gültig zu stande, obgleich eine constitutio servitutis durch ihn ungültig gewesen wäre. Anders bei der Eigentumsveräufserung durch blofse Tradition. Die Tradition kennt als unfeierlicher Akt nach Zivilrecht keine lex traditioni dicta (l. 6 D. comm. praed. 8, 4 ist

Nach prätorischem Recht bedurfte es eines solchen formellen Rechtsgeschäfts nicht; es genügte vielmehr die tatsächliche Einräumung und Ausübung der Servitut (quasi traditio servitutis).

Die zivilen Rechtsformen waren für die Bestellung von Servituten an Provinzialgrundstücken ausgeschlossen. Der Provinzialboden war wie dem echten Privateigentum (vgl. oben S. 360. 378), so auch den jura in re im Sinn des Zivilrechts entzogen. Hier erfolgte die Bestellung einer Servitut pactionibus et stipulationibus, d. h. durch einen dinglichen Vertrag (pactio), dessen Rechtsverbindlichkeit durch Stipulation, nämlich durch Versprechen einer Konventionalstrafe seitens des Bestellers (für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Servitut) klargestellt wurde[4]. Diese Form, welche an den Provinzialgrundstücken sich entwickelt hatte, ist im Justinianischen Recht die einzige für die Servitutenbestellung. In jure cessio und mancipatio der Servitut sind verschwunden. Es ist damit im wesentlichen schon das Recht gegeben, welches als gemeines Recht früher in Deutschland gegolten hat: die Servitut konnte durch bloſsen Vertrag bestellt werden.

Neben dem Vertrag steht nach römischem Recht als Erwerbsgrund das Vermächtnis (nach Zivilrecht muſste die Form des legatum per vindicationem gewählt werden, vgl. § 115 I 1), ferner die adjudicatio im Teilungsverfahren, falls der judex z. B. zum Zweck der Auseinandersetzung dem einen Eigentum, dem anderen Nieſsbrauch oder bei reeller Teilung eines Grundstücks beiden Teilen gegenseitig Prädialservituten zusprach (nach Zivilrecht war Voraussetzung für die quiritische Wirkung der adjudicatio, daſs die Teilungsklage im judicium legitimum durchgeführt wurde, vgl. oben S. 288), und die Ersitzung.

---

interpoliert). Daher gibt es wie keine fiducia durch Tradition (oben S. 71 Anm. 15), so auch keine deductio (servitutis, pignoris) bei der Tradition. Vielmehr bedeutet der Vorbehalt von Servitut oder Pfandrecht bei der Tradition einen zweiten (belastenden) Vertrag neben dem Traditionsvertrag. So erklärt sich die Entscheidung in l. 1 § 4, l. 2 D. de reb. eor. (27, 9).

[4] Vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft, S. 223 ff.; Lenel in Jherings Jahrb. f. Dogm., Bd. 19, S. 183 ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899), S. 41 Anm. 75. Rabel, Die Haftung des Verkäufers (1902), S. 60 ff. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 114.

Die alte usucapio servitutis (in ein- bezw. zweijähriger Frist) ist zwar durch die lex Scribonia aufgehoben worden, dafür ward aber durch magistratisches Recht die longi temporis possessio (vgl. oben S. 379) auch auf Servituten angewandt: die Servitut wird ersessen durch zehnjährige (inter praesentes) oder zwanzigjährige (inter absentes) Ausübung der Servitut nec vi nec clam nec precario. — Dem B.G.B. ist die Bestellung von Servituten durch Vermächtnis (es gibt kein Vindikationslegat mehr, der Erbe kann jedoch durch Vermächtnis zur Servitutenbestellung verpflichtet werden) und die adjudicatio unbekannt (oben S. 372. 374); Ersitzung von Dienstbarkeiten an Grundstücken ist möglich nach den Rechtssätzen von der sogenannten Tabularersitzung (B.G.B. § 900, 2, vgl. oben S. 383 Anm. 9), der Niefsbrauch an Fahrnis kann durch zehnjährigen gutgläubigen Niefsbraucherbesitz ersessen werden (B.G.B § 1033). Die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Dienstbarkeit erfolgt nach dem B.G.B. für Fahrnis durch Einigung und Übergabe, für Grundstücke durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch.

V. Der Untergang der Servitut tritt ein durch den Tod des Berechtigten bezw. capitis deminutio (Personalservitut)[5], durch den Untergang des Grundstücks (Prädialservitut), vgl. oben S. 419; ferner durch Konfusion (Erwerb des Eigentums durch den Servitutberechtigten bezw. Erwerb der Servitut durch den Eigentümer), durch Verzicht gegenüber dem Eigentümer der dienenden Sache, durch Vermächtnis (Vindikationsvermächtnis) der Freiheit von der Servitut, durch non usus, d. h. Nichtausübung per longum tempus (10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes). Für die servitutes praediorum urbanorum mufs zum non usus (Nichtausübung seitens des berechtigten Grundstücks) die sogenannte usucapio libertatis (d. h. Herstellung der Freiheit von der Servitut durch positives Vorgehen seitens des dienenden Grundstücks, z. B. durch Höherbauen gegenüber der servitus altius non tollendi) hinzukommen,

---

[5] Der einer juristischen Person zuständige Niefsbrauch ging nach römischem Recht nicht blofs durch Aufhebung der juristischen Person, sondern auch durch Ablauf von 100 Jahren unter (l. 56 D. 7, 1: is finis vitae longaevi hominis est). Die letztere Vorschrift ist im B.G.B. § 1061 beseitigt.

um die Servitut aufzuheben. Die Personalservituten der habitatio und der operae servorum gehen durch non usus und schon nach klassisch-römischem Recht durch capitis deminutio minima nicht verloren: die Alimentationszwecke, um welche es sich hier handelt, sollen weder durch zeitweilige Nichtausübung noch durch blofse Änderung der Familienverhältnisse vereitelt werden. — Im B.G.B. ist die Konfusion als Aufhebungsgrund für die Dienstbarkeiten an Grundstücken beseitigt (§ 889), für den Niefsbrauch an Fahrnis eingeschränkt (§ 1063). Das Vermächtnis kann nicht mehr unmittelbar Befreiung von der Servitut, sondern nur noch eine Verpflichtung des Erben zur Aufhebung der Servitut begründen (§ 2174). Non usus ist kein Aufhebungsgrund mehr, aber Grunddienstbarkeiten können durch dreifsigjährigen Bestand einer widersprechenden Anlage (wie bei der römischen usucapio libertatis) erlöschen (§ 1028).

L. 6 D. de S. P. U. (8, 2) (Gajus): Haec autem jura (praediorum urbanorum) similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnino pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item, si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris. Alioquin, si nihil novi feceris, integrum permanet.

VI. Zum Schutz der Servitut dient die actio confessoria in rem: die Zuständigkeit der Servitut mufs vom Kläger behauptet und bewiesen werden. Der Störende wird dann zum Schadensersatz, zur Anerkennung der Servitut und zur Unterlassung fernerer Störung verurteilt. Die confessoria ist also das Widerspiel zu der negatoria des Eigentümers (oben S. 398). Mit der negatoria würde der Eigentümer auftreten, um sich (wie anderer Störungen, so auch) einer angemafsten Servitut zu erwehren; mit der confessoria tritt der Servitutberechtigte auf, um dem Eigentümer oder Dritten gegenüber seine Servitut geltend

zu machen und zur tatsächlichen Anerkennung zu bringen. Die actio confessoria ist eine juris vindicatio (jus mihi esse utendi fruendi, eundi agendi): wie der Eigentümer durch rei vindicatio die Sache, so nimmt der Servitutberechtigte durch juris vindicatio sein Recht an der fremden Sache (sein Genufsrecht, nicht die Sache selber) für sich in Anspruch.

Es gab auch eine Publiciana confessoria in rem, entsprechend der Publiciana, welche anstatt der Eigentumsklage gegeben ward, und zwar, ebenso wie dort, in zwei Fällen: 1. wenn man die Servitut a domino (von dem Eigentümer des dienenden Grundstücks), aber in zivilrechtlich ungenügender Form, nämlich nicht durch die in jure cessio oder mancipatio, sondern durch blofse pactio und stipulatio bezw. durch quasi traditio erwarb: dieser Fall würde dem oben (S. 366) besprochenen Fall des bonitarischen Eigentums entsprechen; 2. wenn man die Servitut bona fide a non domino erwarb und zu dem Erwerbsgeschäft der Besitzerwerb an der Servitut durch Ausübung derselben hinzugekommen ist: dieser Fall entspricht dem Fall des Usukapionsbesitzes, und es hatte in diesem Fall wie die Publiciana in rem des Usukapionsbesitzers, so auch die Publiciana confessoria nur relative Kraft, gegenüber dem schlechter Berechtigten (vgl. oben S. 401), sie konnte also namentlich von dem wahren Eigentümer des dienenden Grundstücks durch exceptio dominii zurückgewiesen werden. — Unserem heutigen Recht ist wie die Publiciana (oben § 66) so auch die Publiciana confessoria unbekannt. Der Ersitzungsbesitz spielt keine Rolle mehr. Die Regel ist heute, dafs der vom Nichteigentümer gutgläubig rechtsgeschäftlich Erwerbende kraft der Legitimation des Veräufsernden (Besitz der Fahrnis, Eintragung im Grundbuch) sofort das Recht an der Sache originär erwirbt, vgl. oben S. 383 Anm. 9.

Für einzelne Servituten gibt es auch einen possessorischen Schutz durch Interdikte, ohne Nachweis des Rechts, nur auf Grund des juristischen Servitutenbesitzes (sogenannte quasi possessio oder juris possessio), d. h. auf Grund der tatsächlichen Ausübung der Servitut (corpus) mit dem Willen, wie ein Servitutberechtigter zu handeln (animus). Solchen possessorischen Schutz ihres Rechtsbesitzes haben nach römischem Recht der Usufruktuar und der Usuar, indem ihnen die Sachbesitzinterdikte

(oben S. 409. 410) als utilia gegeben werden, ferner der in Ausübung eines Wegerechts Befindliche durch das interdictum de itinere actuque privato (falls er die Servitut an 30 Tagen im letzten Jahr nec vi nec clam nec precario ab adversario ausgeübt hat), der ein Wasserleitungsrecht Besitzende durch das interdictum de aqua (falls er die Servitut wenigstens einmal innerhalb des letzten Gebrauchsjahrs bona fide ausübte nec vi nec clam nec precario), der ein Wasserschöpfrecht Ausübende durch das interdictum de fonte (unter derselben Voraussetzung wie das interdictum de aqua). Das B.G.B. kennt einen possessorisch geschützten Rechtsbesitz nur für die in das Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1029. 1090, 2); der Niefsbraucher und der nach Art eines Niefsbrauchers Wohnberechtigte (§ 1093) geniefsen possessorischen Schutz als Sachbesitzer (oben S. 416).

§ 70.

Die Emphyteuse.

Die Emphyteuse ist die Erbpacht des römischen Rechts. Das Erbpachtverhältnis ist von der Staats- und Gemeindeverwaltung der Römer zunächst in der Form des jus in agro vectigali ausgebildet worden. Grundstücke, namentlich Ländereien (praedia rustica), wurden vom Staate bezw. von der Stadtgemeinde gegen einen Jahreszins (vectigal) zur Erbpacht gegeben (ager vectigalis)[1]: ein Verhältnis, welches insbesondere, aber nicht ausschliefslich, bei Verpachten noch unbebauten Landes zur Anwendung kam. Bereits der Prätor gab einem solchen Erbpächter eine dingliche Klage (die actio in rem vectigalis, eine utilis rei vindicatio). Das jus in agro vectigali erhielt sich unter dem Namen jus perpetuum bis in die spätere Kaiserzeit; es blieb die Form für die Vererbpachtung von Staatsdomänen. Die Emphyteuse war dagegen ursprünglich keine Erbpacht, sondern Zeitpacht. Sie begegnet seit dem Ende des dritten Jahrhunderts als die Form, in welcher zum Hausvermögen der regierenden Dynastie (patrimonium) gehörige

[1] Doch gab es auch aedes vectigales: Degenkolb, Platzrecht, S. 51. 84 a. E.

Grundstücke gegen Zins ausgegeben wurden. Der Emphyteuta konnte nach Ablauf seiner Pachtzeit gesteigert bezw. ihm das Gut genommen werden. Aus der Zeitpacht aber ist auf tatsächlichem Wege Erbpacht geworden. Die emphyteutischen Güter wurden nicht eingezogen, das emphyteutikarische Recht ward ein dauerndes, die Steigerung des emphyteutischen Zinses ward ausgeschlossen. Seit der Mitte des vierten Jahrhunderts gehen jus perpetuum und emphyteusis ineinander über, und Emphyteuse ward der Name für die Erbpacht des römischen Kaiserrechts[8]. Den Zweifel der römischen Juristen, ob die Erbpacht ein Kauf oder vielmehr eine bloſse Miete des Grundstücks sei, erledigte Kaiser Zeno durch die Erklärung, daſs hier eine besondere Art von Rechtsgeschäft: nämlich der Erbpachtvertrag (contractus emphyteuticarius), und eine besondere Art von Rechtsverhältnis: das Erbpachtverhältnis, vorliege.

Der Erbpächter hat das Recht der vollen Ausübung des fremden Eigentums und steht daher zu dem Grundstück (solange sein Recht dauert) wirtschaftlich so, als ob er Eigentümer wäre. Er hat ein eigentumsähnliches Recht am fremden Grundstück. Die ältere Theorie legte ihm geradezu Eigentum bei, nämlich sogenanntes Untereigentum oder Nutzeigentum (dominium utile); der Eigentümer sei auf ein bloſses Obereigentum (dominium directum) beschränkt. Beweis: die utilis rei vindicatio des Erbpächters, die directa rei vindicatio des Eigentümers! Als zweiter Fall eines solchen sogenannten geteilten Eigentums (dominium divisum) ward neben der Erbpacht das Lehnsverhältnis genannt (dem Vasallen sei am Lehngut dominium utile, dem Lehnsherrn dominium directum zuständig). Diese Lehre ist im 19. Jahrhundert mit Recht aufgegeben worden. Auch der Vasall hat nur ein eigentumsähnliches Recht am fremden Grundstück. Auch Lehnrecht und Erbpachtrecht

[8] Das Obige ruht auf Mitteis, Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum (Abh. der sächs. Gesellsch. der Wiss., phil.-hist. Kl., Bd. 20, 1901). Dazu Mitteis, Röm. Privatr., Bd 1 S. 361 und die Bemerkungen von Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 23, S. 441 ff. Eine interessante Parallele zu der von Mitteis dargelegten Umbildung der Zeitpacht in Erbpacht gibt die deutschrechtliche Entwickelung der freien Erbleihe, vgl. Rietschel in der Zeitschr. der Sav.-Stift., Germ. Abt., Bd. 22, S. 181 ff.

sind trotz weitreichender Machtbefugnisse doch durch ihren eignen Inhalt begrenzte Rechte (das Gut darf nicht verschlechtert werden) und treten dadurch begrifflich zum Eigentum in Gegensatz (vgl. oben § 61).

Der Erbpächter (emphyteuta) hat als eigentumsähnlich Berechtigter den vollen Fruchtgenufs, überhaupt das Recht auf jeden Ertrag der Sache, damit auch das Recht der Meliorierung und Kulturveränderung (welches dem Niefsbraucher und ebenso dem blofsen Zeitpächter versagt ist); die Früchte erwirbt er, wie der Eigentümer, durch blofse Separation (ohne dafs es der Perzeption, der Besitzergreifung an der Frucht bedarf). Wie der Eigentümer hat er rei vindicatio (utilis) und actio negatoria (utilis) und aus den Prädialservituten, welche dem fundus emphyteuticarius zustehen, die actio confessoria (utilis). Wie der Eigentümer hat er ferner, wenn er in tatsächlicher Ausübung seines Rechts sich befindet, auch den possessorischen Schutz durch die Sachbesitzinterdikte (oben S. 409. 410). Sein Besitz des Grundstücks ist an tatsächlicher Energie dem des Eigentümers gleich. Er hat den unbedingten Willen, die Sache in seinem eignen Interesse zu haben, wirtschaftlich selbst der Eigentümer zu sein (animus domini).

Andererseits ist der emphyteuta verpflichtet: 1. jährlich den Zins (canon, vectigal) zu zahlen; 2. das Gut nicht zu verschlechtern; 3. dem Herrn eine beabsichtigte Veräufserung des Erbpachtrechts anzuzeigen, damit der Herr im Verkaufsfalle von seinem Vorkaufsrecht (jus protimiseos) Gebrauch machen könne. Versäumt der Erbpächter die Erfüllung dieser Pflichten (unterläfst er z. B. die Zinszahlung drei Jahre hindurch), so hat der Erbverpächter (dominus emphyteuseos) die Befugnis, ihn seines Erbpachtrechtes zu entsetzen (Abmeierungsrecht, Expulsionsrecht).

Den Servituten gegenüber ist die Emphyteuse durch drei Stücke ausgezeichnet: 1. der emphyteuta hat wie wirtschaftlich, so in der Hauptsache auch rechtlich die Stellung des Eigentümers, die Emphyteuse übertrifft daher die Servituten wesentlich an Befugnissen: sie ist bestimmt, das Eigentum zu ersetzen; 2. die Emphyteuse ist vererblich und veräufserlich; 3. der emphyteuta hat, wenn er in der Ausübung seines Rechts

befindlich ist, (nach der richtigen Ansicht) juristischen Sachbesitz, der Servitutausübende aber nur juristischen Rechtsbesitz (quasi possessio, oben S. 429), Besitz an der Servitut (z. B. am Wegerecht), nicht am Grundstück. Der emphyteuta (Erbpächter) schliefst den dominus vom Grundstück aus, während neben dem Servitutausübenden der dominus im Besitz des Grundstücks bleibt[8].

Von der Zeitpacht unterscheidet die Emphyteuse (Erbpacht) sich dadurch, dafs der Zeitpächter ein blofses Forderungsrecht hat gegen den Verpächter, der Erbpächter aber ein dingliches Recht am Grundstück gegenüber jedermann.

In Deutschland ist die römische Emphyteuse mit der Rezeption des römischen Rechts als die gemeinrechtliche Form der Erbpacht aufgenommen worden. Daneben aber blieben partikularrechtlich verschiedene Formen der aus dem Mittelalter stammenden deutschen Erbleihe (unter mannigfachen Namen: Kolonatrecht, Leiherecht, Lafsrecht, Meierrecht, Erbbestandsrecht) in Geltung, so dafs es zwei Arten der Erbpacht gab, die gemeinrechtliche (römische) und die partikularrechtliche (deutsche). Die letztere war die am meisten verbreitete. Sie unterschied sich von der römischen Emphyteuse namentlich durch das persönliche Abhängigkeitsverhältnis des Kolonen (Erbpächters) zum Gutsherrn und die damit zusammenhängende Unfreiheit des Kolonen in der Verfügung über sein Leiherecht. Die Ablösungsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts hat in den meisten deutschen Ländern (Mecklenburg und Lauenburg ausgenommen) die Erbpacht in allen ihren Formen beseitigt. Der Bauernstand ward von persönlicher Abhängigkeit befreit, die Erbpacht in Eigentum (mit ablösbarer Zinsverpflichtung) verwandelt. Das B.G.B. kennt darum die Erbpacht nicht; sie darf nur noch kraft Landesrechts in den Bundesstaaten sein, welche diese Besitzform von früher her bewahrt haben (E.G. Art. 63). Aber in der Form des Rentenguts (Eigentum am Gut mit unablöslicher Rente; nur mit

---

[8] Die Emphyteuse (Erbpacht) gibt ein Besitzrecht (rei vindicatio), die Servitut nur ein Genufsrecht (juris vindicatio). Wer ein emphyteutisches Recht ausüben will, hat den Besitzwillen (auch dem dominus gegenüber); wer eine Servitut ausüben will, hat nur den Genufswillen (vgl. oben S. 404 Anm. 2).

Zustimmung beider Teile ist die Rente ablösbar) ist eine neuzeitlich umgebildete Erbpacht von der preufsischen Gesetzgebung (Rentengütergesetz vom 27. Juli 1890) wieder ausgebildet worden und die Einführung des Rentenguts steht nach E.G. Art. 62 allen Bundesstaaten frei.

§ 3 I. de loc. et conduct. (3, 24): Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio? Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam.

§ 71.

Die superficies.

Was die Emphyteuse für Feldgrundstücke, ist die superficies für Häuser. Die römische superficies ist die Erbpacht eines Bauplatzes (unter Zahlung eines Jahreszinses, solarium), auf welchem sodann der Superfiziar ein Haus errichtet. Der Superfiziar hat das Haus aus eignen Mitteln gebaut. Das Haus ist dann nach römischem Recht (anders heute nach B.G.B. § 95, 1 Satz 2) kraft der Rechtssätze über Akzession dem Bodeneigentümer gehörig (superficies solo cedit): der Superfiziar hat aber für sich und seine Erben das dingliche Recht, auf die gesetzte Reihe von Jahren (z. B. 99 Jahre) bezw. auf immer darin zu wohnen und alle Rechte des Eigentümers an dem Hause auszuüben. Daher ist die Rechtsstellung des Superfiziars der des Emphyteuta gleich. Auch der Superfiziar hat ein eigentumsähnliches Recht am fremden Grundstück. Er hat die Klagen des Eigentümers utiliter und geniefst possessorischen Schutz durch ein besonderes interdictum de superficie. Er verfügt über Besserung und Änderung des Hauses (darf nur nicht

verschlechtern). Er hat Gewalt über das Haus und daher wie die wesentlichen Eigentumsbefugnisse, so auch den juristischen Besitz des Hauses (corpus und animus), gleich als ob er Eigentümer wäre[1].

Über den Unterschied der superficies von den Servituten einerseits, von der Miete andererseits gilt das gleiche, was § 70 a. E. von der Emphyteuse bemerkt ist.

Die rechtliche Anerkennung der superficies ruht auf prätorischem Recht.

Der römischen superficies entspricht das Erbbaurecht des B.G.B. (§ 1012 ff.).

L. 1 pr. D. de sup. (43, 18): Ait praetor: UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS SUPERFICIE, QUA DE AGITUR, NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUEMINI, QUOMINUS FRUAMINI, VIM FIERI VETO. SI QUA ALIA ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO.

§ 3 eod.: Quod ait praetor: SI ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO, sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

§ 72.

Das Pfandrecht.

Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, sich mittels einer Sache für eine Forderung bezahlt zu machen. Der Gläubiger hat als solcher nur ein Forderungsrecht, d. h. ein Recht auf Befriedigung durch schuldnerische Handlung; das Pfandrecht gibt ihm daneben ein dingliches Recht, d. h. ein Recht auf Befriedigung durch eigne Handlung (Verkauf des Pfand-

---

[1] Degenkolb, Platzrecht und Miete (1867). A. Schmidt in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 11, S. 121 ff. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 1260 ff. Aufgekommen ist die superficies, ebenso wie die Erbpacht (§ 70), zunächst im römischen öffentlichen Recht, d. h. in der Verwaltung des Staatsguts. Dann ist sie im Privatrecht nachgebildet. Damit hängt die Eigenschaft des solarium als einer auch den Sondernachfolger treffenden Grundlast zusammen, Pernice, Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 5 S. 90 ff.

gegenstandes). Die rei obligatio (so bezeichnen die Römer das Pfandrecht), d. h. die Sachhaftung, tritt als Sicherungsmittel neben die personae obligatio. Das Pfandrecht ist ein akzessorisches Recht: der Bestand des Pfandrechts ist abhängig vom Bestand des Forderungsrechts. Aber das Pfandrecht hat die Macht des Sachenrechts (die unmittelbare Verwertungsmacht über den verpfändeten Gegenstand) vor dem Forderungsrecht voraus. Der wirtschaftliche Inhalt von Pfandrecht und Forderungsrecht ist der gleiche: die Rechtsform verschieden (obligatorisches, dingliches Recht).

I. Geschichte[1]. Dem altrömischen Recht war das Pfandrecht unbekannt. Es gab zwar Rechtsgeschäfte, welche wirtschaftlich den Erfolg einer Pfandbestellung (nämlich Sicherung einer Forderung durch eine Sache) hatten, aber kein Rechtsgeschäft, welches formell die Bestellung eines Pfandrechts an einer Sache zum Inhalt gehabt hätte. Wollte jemand sich Kredit schaffen, indem er dem Gläubiger sachliche Sicherheit gab für die Forderung (Realkreditgeschäft), so konnte er

1. dem Gläubiger eine Sache durch mancipatio oder in jure cessio ins Eigentum übertragen (Besitzübertragung war dabei nicht notwendig, vgl. S. 368 Anm, 1) mit dem Vorbehalt, dafs nach Bezahlung der Schuld das Eigentum zurückzuübertragen sei. Solche mancipatio (bezw. in jure cessio) war eine Veräufserung auf Treue, die oben (§ 12) geschilderte fiducia cum creditore contracta. Hier kamen aber beide Teile nicht völlig zu ihrem Recht. Zwar war der Gläubiger formell gut genug gestellt. Er hatte Eigentum an der Sache und konnte von formalen Rechts wegen mit ihr tun, was er wollte, sie also auch z. B. zum Zweck seiner Befriedigung verkaufen. Aber das pactum fiduciae band ihm die Hände. Er war kraft Treupflicht als ehrlicher Mann verbunden, von seinem Veräufserungsrecht keinen Gebrauch zu machen: falls der Schuldner zahlte, mufste er das Eigentum zurückgewähren können. Die fiducia sicherte den Gläubiger dadurch, dafs sie dem Schuldner bis zur Zahlung

---

[1] Oertmann, Die Fiducia, 1890. Manigk, Gesch. der römischen Hypothek, Heft 1 (1904) und bei Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie s. v. fiducia.

das Eigentum entzog, aber sie befriedigte den Gläubiger nicht. Es bedurfte eines besonderen pactum de vendendo, um den Gläubiger von der Treupflicht so weit zu entbinden, dafs sie ihn an Befriedigung durch Verkauf der Sache nicht hinderte. Andererseits war der Schuldner noch schlechter gestellt. Bezahlte er auch richtig seine Schuld, so war er doch nicht gewifs, seine Sache, die er als Sicherheit fortgegeben hatte, zurückzubekommen. Der Gläubiger konnte sie inzwischen veräufsert, verschenkt, verkauft, vertauscht haben. Dann blieb der Gläubiger ihm zwar ersatzverpflichtet (kraft der infamierenden actio fiduciae), aber der Schuldner hatte gegen den dritten Erwerber der Sache keine Klage, da dieser ja rechtmäfsiger und voller Eigentümer war. So bekam der Schuldner nur Ersatz der Sache, nicht die Sache selbst. Was ihm fehlte, war ein dingliches Rückforderungsrecht gegen jeden dritten Besitzer seiner Sache[2]. Der Fehler lag eben darin, dafs er das Eigentum, welches ihm ein solches dingliches Recht gewährt hätte, aufgegeben hatte. Es kam hinzu, dafs die fiducia als Rechtsgeschäft des Zivilrechts (mancipatio, in jure cessio; eine fiducia durch blofse traditio gab es nicht, oben S. 71 Anm. 15) das römische commercium bezw. die römische Prozefsfähigkeit zur Voraussetzung hatte, also nur zwischen römischen Bürgern möglich war. Darum kam noch eine andere Form auf, um den Gläubiger für seine Forderung sicherzustellen. Der Schuldner konnte nämlich auch

2. dem Gläubiger die Sache, welche ihm als Sicherheit dienen sollte, blofs zu Besitz tradieren, zu vollkommenem (juristischen) Besitz, aber nicht zu Eigentum. Ein solches Verhältnis nannte man pignus. Hier war der Schuldner gut gestellt. Er behielt hier sein Eigentum und deshalb sein dingliches Rückforderungsrecht (die rei vindicatio) gegen jedermann. Überdies war ihm (nach Zahlung der Schuld) aus dem Faustpfandkontrakt (unten § 79 I, d) gegen den Pfandempfänger die persönliche (schuldrechtliche) actio pignoraticia directa auf Rückgabe zuständig. Sobald er seine Schuld bezahlt hatte, konnte

---

[2] Nur einen schwachen Schutz gewährte die Möglichkeit der usureceptio (S. 380 Anm. 6), deren Voraussetzung Besitz auf Seiten des Schuldners war.

ihm niemand die Sache mehr vorenthalten. Aber der Gläubiger war hier um so entschiedener im Nachteil. Er hatte zwar die Sache in seinem tatsächlichen Besitz, auch gab ihm der Prätor die possessorischen Interdikte, aber es fehlte ihm ein dingliches Recht an der Sache und daher die ordentliche in rem actio gegenüber Dritten. Und vor allem fehlte ihm hier schlechtweg das Recht, über die Sache irgendwie zu verfügen. Er konnte die Sache nicht verkaufen, falls der Schuldner nicht zahlte, um sich aus dem Erlös zu befriedigen. Liefs der Schuldner lieber die Sache beim Gläubiger, als dafs er die Schuld bezahlte, so nützte dem Gläubiger das pignus nichts[3]. Es kam also darauf an, eine Form zu finden, welche dem Schuldner das Eigentum beliefs und ihm damit ein dingliches Rückforderungsrecht gewährte, aber doch dem Gläubiger ein Recht an der Sache gab, das Recht nämlich, die Sache nötigenfalls zum Zweck der Befriedigung seiner Forderung zu verwerten (eben das Pfandrecht). Dies ist unter Hilfe des prätorischen Ediktes geschehen. Es konnte nämlich

3. der Schuldner mit dem Gläubiger die blofse Vereinbarung treffen (ohne Manzipation und ohne Tradition), dafs gewisse Sachen des Schuldners dem Gläubiger als eventuelles Befriedigungsmittel dienen sollten (besitzloses Vertragspfand). Das nannte man gleichfalls pignori dare oder mit einem griechischen Ausdruck hypothecae dare[4]. Ein Vertrag dieser

---

[3] Man machte deshalb wohl aus, dafs im Fall der Nichtzahlung das pignus dem Gläubiger (zur Strafe) zu Eigentum verfallen sein solle (lex commissoria). Die Klausel ward dann auch bei der fiducia gebraucht: die lex commissoria gab dem fiduziarischen Gläubiger, sobald die Sache verfiel, freies Eigentum. Umgekehrt ward das (anscheinend) bei der fiducia zuerst ausgebildete pactum de vendendo in der Kaiserzeit auch auf das pignus übertragen. Vgl. A. Pernice in der Zeitschrift d. Savigny-Stiftung, Bd. 5. S. 35. Die lex commissoria hat den Stil der alten Zeit: sie dient nur dem Strafzweck (der Schuldner wird nicht frei durch Verfall der Sache); das pactum de vendendo dient dem Befriedigungszweck und trägt damit den Gedanken der Zukunft (der Hypothek) in sich. — Nach Manigk, Fiducia, wäre die fiducia von vornherein Verfallpfand gewesen (so dafs es einer besonderen lex commissoria nicht bedurfte); das pactum de vendendo sei zuerst beim pignus ausgebildet und dann auf die fiducia übertragen.

[4] Vorbild der römischen Hypothek (des Vertragspfandes ohne Eigentum und ohne Besitz) scheint die dem römischen öffentlichen Recht an-

Art war nach altrömischem Recht vollständig ungültig. Der Prätor aber hat ihn schon in republikanischer Zeit gültig gemacht, zunächst für den Fall, dafs der Pächter eines Feldgrundstückes dem Verpächter seine Invekten und Illaten (sein Inventar) zur Hypothek gegeben hatte: hier gab der Prätor dem Gläubiger, um sich in Besitz der Sachen zu setzen, ein interdictum Salvianum (ein interdictum adipiscendae possessionis, vgl. oben S. 412 Anm. 7) und das ordentliche Rechtsmittel der actio Serviana. Dann ward die gleiche Klage allgemein gegeben, wenn überhaupt jemand seine Sachen dem anderen zu Vertragspfand gesetzt hatte (actio quasi Serviana oder actio in rem hypothecaria). Der Hypothekenvertrag gab also nach prätorischem Recht dem Gläubiger ein dingliches Klagerecht, damit sich dieser (sobald die Zahlung des Schuldners ausblieb) in Besitz der Sache setzen könne: er gab ihm ferner das Verkaufsrecht, d. h. das Recht, sich durch Verwertung der Sache für seine Forderung zu befriedigen. Der Gläubiger hatte also alle Rechte, die ihm nötig waren, und ebenso war umgekehrt das Interesse des Schuldners durch sein kraft Eigentums ihm zuständiges dingliches Vindikationsrecht (bezw. dem Pfandgläubiger gegenüber, der den Besitz der Sache erlangt hatte, durch die persönliche actio pignoraticia directa) gewahrt.

Damit war das Pfandrecht entstanden: der Hypothekenvertrag war jetzt der Vertrag, welcher auch formell die Erzeugung eines Verwertungsrechts an fremder Sache (eines Pfandrechts) zum Inhalt hatte. Natürlich kann der Hypothekenvertrag jetzt auch mit Tradition der Sache in den Besitz des Gläubigers sich verbinden (pignus, Faustpfand im neuen Sinn des Worts), aber notwendig ist es nicht. Erheblich für die Entstehung eines Pfandrechts ist nicht die Besitzübertragung als solche, sondern nur der Pfandvertrag (ut res hypothecae sit). Unter dem Einflufs des steigenden Verkehrs war die römische

---

gehörige praediatura (obligare praedium für eine Schuld an den populus, den Staat, z. B. seitens des Steuerpächters) gewesen zu sein, Manigk, Gesch. d. Hyp., Heft 1, S. 54 ff. Griechischen Ursprungs ist (trotz des Namens) die römische Hypothek nicht. Die griechische Hypothek war als solche Verfallpfand, die römische nicht. Vgl. Mitteis in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 23 S. 301. Costa, Corso di storia del diritto romano, vol. 2 p. 164 ff. Manigk, Gesch. d. Hyp., S. 70 ff. 131.

Entwickelung vom Eigentumspfand (Manzipationspfand) und Besitzpfand (Traditionspfand) zu dem kapitalistisch gearteten reinen Verkaufspfand (dem Vertragspfand, welches die Sache als Träger von Geldwert behandelt) übergegangen.

L. 9 § 2 D. de pign. act. (13, 7) (Ulpian.): Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem.

L. 5 § 1 D. de pign. (20, 1) (Marcian.): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

II. Rechtssätze. Das Pfandrecht entsteht nach römischem Recht ordentlicherweise durch formlosen Vertrag (pignus conventionale) oder durch Vindikations-Vermächtnis (pignus testamentarium)[5], aufserordentlicherweise durch Gesetz, z. B. zugunsten der Forderungen des Fiskus an dem ganzen Vermögen des Schuldners, zugunsten der Forderung des Vermieters einer Wohnung an den Invekten und Illaten, d. h. an den eingebrachten Sachen des Mieters, zugunsten des Verpächters eines praedium rusticum an den Früchten des verpachteten Grundstücks, zugunsten der Ersatzforderung des Mündels am ganzen Vermögen des Vormunds, zugunsten der Dotalforderung der Ehefrau am ganzen Vermögen des Mannes (pignus tacitum oder legale), oder durch Beschlagnahme der Sache des Schuldners im Wege gerichtlichen Vollstreckungsverfahrens (pignus judiciale). Ein Pfandverhältnis (pignus) alten Stils, nämlich tatsächliches Innehaben (oder blofse Detention) zum Zweck der Sicherung eines Anspruchs, nach klassischem Recht ohne dingliche Klage (erst Justinian gab auch hier die actio in rem hypothecaria) und regelmäfsig ohne Verkaufsrecht,

[5] Die Möglichkeit unmittelbarer Bestellung eines Pfandrechts durch Testament (Vindikationslegat) ward aber erst durch Severus und Caracalla bestimmt (l. 26 pr. D. 13, 7). Bis dahin konnte der Erbe nur durch Damnationslegat zur Verpfändung verpflichtet werden. Das Pfandrecht war ein nichtzivilrechtliches Recht und daher nach ursprünglichem römischem Recht von der unmittelbaren Zuwendung durch zivilrechtliches Rechtsgeschäft (Vindikationslegat) ausgeschlossen, vgl. oben S. 366 Anm. 1. Nach dem B.G.B. gibt es überhaupt kein Vindikationslegat und kann daher auch das Pfandrecht heute durch Testament nicht mehr unmittelbar bestellt werden: es gilt jetzt in dieser Hinsicht das gleiche wie nach älterem römischem Recht.

liegt dann vor, wenn der Prätor zum Zweck vorläufiger Sicherstellung dem Berechtigten missio in possessionem in die Sachen, an denen er interessiert ist, gewährt hat (sogenanntes pignus praetorium). Ein Beispiel oben S. 400, ein anderes S. 334.

Das Pfandrecht berechtigt den Pfandgläubiger: 1. die Sache zu besitzen und 2. die Sache zum Zweck seiner Befriedigung zu verwerten (regelmäfsig durch Verkauf der Sache). Aufserdem hat er 3. auch wegen sonstiger (sogenannter chirographarischer, d. h. nicht durch das Pfand gesicherter) Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht, d. h. auch wenn die Forderung, für die das Pfand bestellt war, getilgt ist, kann der Gläubiger die Rückgabe des Pfandes verweigern (er hat eine exceptio doli), bis auch die anderweitigen ihm gegen den Pfandschuldner zuständigen Forderungen befriedigt sind. Das pflegte in den Pfandverträgen vereinbart zu werden und ist dann durch ein Reskript des Kaisers Gordian v. J. 239 (l. 1 C. 8. 26) unter die ordentlichen Wirkungen des Faustpfandvertrags aufgenommen worden[6]. Dies Pfandzurückbehaltungsrecht (sogenanntes pignus Gordianum) ist von anderen Fällen des Zurückbehaltungsrechts (vgl. oben S. 323 Anm. 12) dadurch unterschieden, dafs es keine Konnexität, d. h. keinen rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Gegenanspruch (auf den sich die exc. doli gründet) und dem Klaganspruch voraussetzt.

Das Besitzrecht (petitorisch durch die schon oben genannte actio in rem hypothecaria oder actio quasi Serviana, eine Klage nach Art der rei vindicatio[7], possessorisch durch die Sachbesitz-

---

[6] Vgl. Mitteis, Griech. Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig, Bd. 1, 1906, S. 37.

[7] Die a. in rem hypothecaria war eine actio in factum concepta (oben S. 299). Da der Prätor ein zivilrechtliches Sachenrecht zu schaffen aufserstande war, machte er die Verurteilung des Beklagten von der Tatsache abhängig, dafs der Pfandvertrag geschlossen (si paret, convenisse ut ea res pignori hypothecaeve esset), die Sache damals in bonis des Verpfänders war, das Geld geschuldet und noch nicht gezahlt ist. Der condemnatio ging ein arbitratus de restituendo voraus (nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna): die Klage war, gleich der rei vind., eine a. arbitraria (oben S. 309 ff.). Alle Einwendungen aber gegen die Forderung gelten auch gegen die Pfandklage, denn das Pfandrecht ist ein akzessorisches Recht. Der Beklagte hat ferner das Lösungsrecht (jus

interdikte geschützt) hat der Pfandgläubiger sofort, wenn ihm die Sache zu Faustpfand gegeben ist; im Fall blofser Hypothek hat der Pfandgläubiger das Besitzrecht erst, sobald die Geltendmachung seines Verwertungsrechts notwendig wird. Das Verwertungsrecht (Verkaufsrecht) hat der Pfandgläubiger immer erst, wenn die Forderung fällig und der Schuldner trotz Verkaufsandrohung (oder Verurteilung) säumig ist. Nach der Verkaufsandrohung (Verurteilung) mufs noch zwei Jahre lang gewartet werden. Dann darf der Gläubiger verkaufen. Auch wenn ausgemacht wäre, dafs er nicht verkaufen darf; nur dafs dann dreimalige Mahnung (in angemessenen Abständen) nötig ist. Er verkauft selber (Privatverkauf) und überträgt kraft seiner Pfandrechtsmacht durch Tradition auf den Käufer das Eigentum des Verpfänders. Bei Abschlufs des Kaufes ist er verpflichtet (kraft des Pfandkontraktes unten § 79) in bezug auf die Kaufbedingungen omnis diligentia zu beobachten. Aus dem Erlös befriedigt sich der Pfandgläubiger. Den Überschufs über den Betrag seiner Forderung (die hyperocha) hat er an den Schuldner zurückzugeben (vgl. unten § 79). Die sogenannte lex commissoria, d. h. die Verabredung, dafs der Pfandgläubiger im Fall der Nichtbefriedigung ipso jure Eigentümer werden solle (vgl. Anm. 3), ist durch ein Gesetz Kaiser Konstantins für ungültig erklärt worden. Wohl aber kann im Notfall (wenn z. B. der Verkauf untunlich wäre) dem Pfandgläubiger auf seinen Antrag durch das Gericht das Eigentum an der Sache zu einer bestimmten Taxe zwecks seiner Befriedigung zugeschlagen werden (sogenannte impetratio dominii). Der Überschufs der Taxe über die Pfandschuld bildet dann die hyperocha. Ist das Pfand als antichretisches Pfand (antichresis) gegeben, so hat der

---

offerendi), d. h. das Recht, den Pfandgläubiger durch Zahlung der Pfandsumme abzufinden und (falls Beklagter redlicher Besitzer, justus possessor, ist) Abtretung der Pfandforderung zu begehren (l. 19 D. 20, 4, vgl. B.G.B. § 1249), sogenanntes beneficium cedendarum actionum (aufserdem kann der Besitzer den Kläger durch exceptio excussionis realis auf ein ihm haftendes Spezialpfand, nach justinianischem Recht auch durch exceptio excussionis personalis auf den zahlungsfähigen und belangbaren Hauptschuldner bezw. Bürgen verweisen, — beides dem heutigen Recht unbekannt, vgl. jedoch Z.P.O. § 777). Der nachstehende Pfandgläubiger hat keine a. hyp., vgl. unten bei Anm. 8.

Pfandgläubiger aufser Besitz- und Verkaufsrecht auch das volle Genufs- und Fruchtziehungsrecht (anstatt der Zinsen der Pfandschuld ohne Rücksicht auf die Zinsgrenze). Sonst aber (wenn das pactum antichreticum fehlt, und das ist die Regel) ist der eine fruchttragende Pfandsache besitzende Gläubiger zur Fruchtziehung lediglich verpflichtet (kraft des Pfandkontrakts), nicht berechtigt. Die Früchte fallen in das Eigentum des Verpfänders bezw., falls Verpfänder weiterveräufsert hat, seines Sondernachfolgers; der Pfandgläubiger hat jedoch ein Pfandrecht an den Früchten (aber nur wenn die Früchte in das Eigentum des Verpfänders oder seines Erben fallen) und wenn das Pfand für eine zinslose Geldforderung bestellt war, kann er sich bis zum Betrag der gesetzlichen Zinsen aus den Früchten befriedigen (sogenannte antichresis tacita). Grundsätzlich geht das Pfandrecht nur auf Besitz und Verwertung. Es ist nicht, wie sonst die Sachenrechte, auf die natürliche Brauchlichkeit der Sache, sondern auf ihren Geldwert gerichtet, — ein geldhungriges Recht. Es will nicht lediglich die gegenwärtige Herrschaft über den gegebenen Sachkörper, sondern den künftig zu gewinnenden Sachwert, — gleich den Forderungsrechten ein in der Gegenwart unbefriedigtes Recht: kein Nutzungsrecht, sondern ein Verschaffungsrecht, den Berechtigten befriedigend nicht, wie sonst die Sachenrechte, durch sein Dasein, sondern erst durch seinen Untergang.

Der Eigentümer der Pfandsache kann das Eigentum weiter veräufsern (jedoch bleibt natürlich das dem Gläubiger bereits eingeräumte Pfandrecht auch dem neuen Eigentümer gegenüber bei Bestand). Ebenso kann der Eigentümer die bereits verpfändete Sache auch an andere weiter verpfänden. Auch durch Gesetz können mehrere Pfandrechte nacheinander entstehen. Dann ist immer der nachstehende Pfandgläubiger zur Ausübung seines Pfandrechts erst berechtigt, nachdem der vorgehende befriedigt worden ist. Über die Priorität entscheidet grundsätzlich das Alter, also die Zeit der Entstehung (prior tempore potior est jure), ein Grundsatz, der jedoch zugunsten der sogenannten privilegierten Pfandrechte (z. B. zugunsten des gesetzlichen Pfandrechts für die Steuerforderung des Fiskus, für die Dotalforderung der Ehefrau, zugunsten des vertragsmäfsigen

Pfandrechts im Fall der in rem versio, d. h. wenn das Geld gegeben ist zur Ausbesserung oder Erhaltung der verpfändeten Sache) vom römischen Recht mit Ausnahmen durchbrochen worden ist. Kaiser Leo privilegierte auch das durch öffentliche Urkunde (pignus publicum) oder durch von drei unbescholtenen Zeugen unterschriebene Urkunde (pignus quasi publicum) bestellte Pfandrecht vor den durch formlosen Privatvertrag begründeten Pfandrechten.

Ist die Pfandschuld beglichen oder der Gläubiger durch Verwertung (Verkauf) des Pfandes befriedigt worden, so erlischt das Pfandrecht. In seinem Untergange erreicht es seinen Zweck. Solange die Pfandschuld aber nicht voll bezahlt ist, bleibt immer das ganze Pfand für den Restbetrag verhaftet (pignoris causa est individua). Ebenso: wenn der Pfandgläubiger stirbt, verteilt sich nach römischem Recht die (teilbare) Forderung ipso jure auf seine Erben (unten § 114), aber jedem Erben haftet für seine Teilforderung das ganze Pfand. Der Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers hebt auch die nachstehenden Pfandrechte auf. Für letztere tritt die hyperocha, welche der vorgehende Pfandgläubiger herauszugeben hat, an die Stelle des Pfandobjekts. Der nachstehende Pfandgläubiger hat kein Verkaufsrecht, sondern nur das jus offerendi (Lösungsrecht), d. h. das Recht, durch Auszahlung des vorgehenden Pfandgläubigers dessen Rang und damit dessen Besitz- und Verkaufsrecht zu erwerben[8].

Auch ein Pfandrecht an Rechten, insbesondere an Forderungsrechten (pignus nominis), am Niefsbrauch, ja auch an einem Pfandrecht als solchem (subpignus, Afterpfand) hat das römische Recht ausgebildet: der Pfandberechtigte hat das Recht der Ausübung und der Verwertung des verpfändeten Rechts. Vgl. B.G.B. §§ 1273 ff.

Das Pfandrecht ist (neben dem Noterbrecht) der am mindesten gelungene Teil des römischen Privatrechts. Es bietet eine äufserst unsichere „Sicherheit“. Das liegt an der Unsichtbarkeit und Unberechenbarkeit des römischen Pfandrechts. Der

---

[8] Über das römische jus offerendi (ein zweiter Fall oben Anm. 7) vgl. jetzt Schultz in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 2 S. 102 ff. Heute hat der nachstehende Pfandgläubiger das Lösungsrecht (mit dem Recht auf Erwerb der gegnerischen Forderung) nach Mafsgabe von B.G.B. §§ 1150. 1249.

formlose (für Dritte nicht wahrnehmbare) Pfandvertrag genügt zur Begründung des römischen Pfandrechts. Ohne Unterschied, ob es sich um Fahrnis oder Grundstücke handelt. Ja, das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen kann durch die formloseste Vereinbarung mit einem Schlage verpfändet werden (sogenannte Generalhypothek). Es bedarf nicht einmal des Pfandvertrags. Es gibt zahlreiche gesetzliche Pfandrechte, die wiederum meistens Generalpfandrechte sind (oben S. 440). Kein Gläubiger vermag zu übersehen, wieviel Pfandrechte bereits auf der ihm verpfändeten Sache lasten. Der Rest von Sicherheit wird durch die Pfandprivilegien zerstört. Wer heute noch vorgehender Pfandgläubiger ist, kann sich morgen in einen nachstehenden verwandeln. Die römische Pfandrechtsordnung entwertet den Realkredit. Bürgenstellung war darum in Rom besser als Pfandbestellung.

Anhang. Das B.G.B. hat das Pfandrecht auf ganz anderen (deutschrechtlichen) Gedanken aufgebaut. Es schliefst die Generalpfandrechte aus (Grundsatz der Spezialität). Es duldet nur sichtbare Pfandrechte (Grundsatz der Publizität). Es läfst gesetzliche Pfandrechte nur an Fahrnis zu. Privilegierte Pfandrechte gibt es nicht. Grundlegend ist die Unterscheidung des Fahrnispfandrechts (dem das Pfandrecht an Rechten gleichartig ist) und des Grundpfandrechts. Für das Fahrnispfandrecht gilt das Besitzprinzip: nur die Faustverpfändung (die sichtbare Verpfändung) ist gültig und constitutum possessorium genügt zur Faustverpfändung nicht (B.G.B. §§ 1205. 1206); eine Ausnahme bildet das Schiffspfandrecht (§§ 1259 ff.) nebst einigen wenigen gesetzlichen Pfandrechten (z. B. des Vermieters und Verpächters an den eingebrachten Sachen des Mieters und Pächters, §§ 559. 585). Für das Grundpfandrecht gilt das Buchprinzip. Ein Pfandrecht am Grundstück entsteht nur durch Eintragung in das Grundbuch (und Einigung der Vertragsteile), niemals durch Gesetz (wenngleich eine eingetragene Hypothek kraft Gesetzes ohne Umschreibung auf einen anderen übergehen kann). Es gibt keine aufserbuchmäfsigen Hypotheken. Alle Hypotheken können im Buch gesehen werden. Auch der Rang der Hypothek ist sichtbar. Er bestimmt sich nach der Eintragung: nach dem Platz im Buch (Platzprinzip). Der Wert der Hypothek ist berechenbar. Die Plätze sind feste Plätze. Nur die Löschung der vorgehenden Hypothek läfst die nachstehenden Hypothekare aufrücken. Zahlt der Eigentümer den ersten Hypothekar aus, ohne die Hypothek im Buch löschen zu lassen, so rückt der zweite Hypothekar nicht auf (wie nach römischem Recht), sondern der Eigentümer erwirbt die Hypothek am eigenen Grundstück (keine Konfusion). Es gibt (wie in diesem so auch in anderen Fällen) eine Eigentümerhypothek. Auch der Grundsatz der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung ist stark eingeschränkt. In der Form der Grundschuld (bezw. Rentenschuld) kann

ein selbständiges Verwertungsrecht am Grundstück bestellt werden (der Berechtigte soll eine bestimmte Geldsumme bezw. Rente aus dem Grundstück haben), und auch die Grundstücks**hypothek** des B.G.B., zu deren Bestellung die Bezugnahme auf eine zusichernde Forderung gehört, kann sich unter Umständen (in der Hand des Eigentümers bezw. eines gutgläubigen Zessionars) in ein selbständiges Verwertungsrecht verwandeln: die akzessorische Natur der Hypothek ist nur noch in gewissen Grenzen (dem ersten Erwerber, nicht auch dem gutgläubigen Nachmann gegenüber) wirksam. Für Grundstücke ist selbst die römische actio in rem hypothecaria und das private Verkaufsrecht des Pfandgläubigers verschwunden (beides hat nur noch der an Fahrnis Pfandberechtigte): die Hypothekenklage (ebenso die Grundschuldklage) des heutigen Liegenschaftsrechts geht gegen den **Eigentümer** des Grundstücks auf **Zahlung** der eingetragenen Summe eventuell Zwangsversteigerung (im Wege gerichtlichen Verfahrens), während die römische a. hyp. gegen den Besitzer als solchen auf Herausgabe des Besitzes gerichtet ist. An Stelle des einen römischen Pfandrechts stehen jetzt drei Rechte: das Pfandrecht (an Fahrnis und an Rechten), die Hypothek am Grundstück (bestellt als akzessorisches Verwertungsrecht), die Grundschuld und Rentenschuld (bestellt als selbständiges Verwertungsrecht). Durch die unterschiedliche Behandlung der Arten der Pfandsicherung ist die Möglichkeit wirklicher Sicherung gewonnen worden.

Zweites Kapitel.

Obligationenrecht.

I. Begriff und Inhalt des Forderungsrechts.

§ 73.

Begriff des Forderungsrechts.

Das Forderungsrecht (des klassischen römischen Privatrechts) ist das Recht auf eine fremde Handlung von Vermögensinteresse. Es richtet sich immer nur gegen eine **bestimmte** Person, den Schuldner (debitor). Das Eigentum kann ich gegen jeden Dritten geltend machen, das Forderungsrecht aber aus dem Kaufgeschäft nur gegen den Verkäufer, aus dem Mietvertrag nur gegen den Vermieter usw. Die Forderungsrechte sind blofs **relativ** wirksame Rechte. Vor allem: das Forderungsrecht besteht lediglich darin, dafs ein bestimmter anderer (der Schuldner) zum Handeln verpflichtet sei. Die Verpflichtung (Obligation) des Schuldners bildet den alleinigen Inhalt des Forderungsrechts.

Die aus dem dinglichen Recht hervorgehende Verpflichtung des Gegners (z. B. wenn ich kraft meines Eigentums Herausgabe einer Sache fordere) bedeutet als solche keine Obligation (keine schuldrechtliche Verpflichtung), weil sie als bloſse Folge meines dinglichen Rechts erscheint. Das Forderungsrecht aber ist ein selbständiges Recht, lediglich des Inhalts, daſs dieser andere, der Schuldner, handle (vgl. oben S. 362).

Die Obligation des Schuldners, in welcher das Recht des Gläubigers sich äuſsert, ist keine Subordination. Dadurch unterscheiden sich die Forderungsrechte von den Familienrechten und von den öffentlichen Regierungsrechten, deren Wirkung Subordination, persönliche Unterordnung, Zwangsgewalt des einen Willens über den andern Willen ist. Der Schuldner bleibt dem Gläubiger gegenüber frei. Er bleibt ihm gleichgeordnet. Er kann durch keine private Zwangshandlung des Gläubigers zur Erfüllung gezwungen werden. Zwingen kann den Schuldner nur der Staat (auf Klage des Gläubigers).

Weil die Obligation nicht Subordination ist noch sein soll, beschränkt sie sich nach römischem Recht auf Handlungen von Vermögensinteresse. Das gesamte Gebiet persönlichen Handelns soll von der Obligation nicht ergriffen werden können. Der Schuldner wird letztlich von jeder Obligation frei, wenn er den entsprechenden Teil seines Vermögens aufopfert, um den Gegner zu entschädigen. Die Obligation wird ein juris vinculum genannt. Sie ist aber doch kein den Willen bindendes vinculum. Sie ist ein Minus nicht in der Freiheit des Schuldners, sondern nur in seinem Vermögen.

L. 3 pr. D. de O. et A. (44, 7) (Paulus): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

pr. J. 3, 13: Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.

L. 9 § 2 D. de statu lib. (40, 7) (Ulpian.): Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.

Die der Obligation entspringende Haftung erschöpft sich in der Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz bei ihm zur Last fallender (von ihm zu vertretender) Nicht-

erfüllung (vgl B.G.B. § 280). Der Schuldner behält die Freiheit, seiner Schuldverpflichtung zuwider zu handeln; er mufs nur den Gegner entschädigen. Darum gibt es kein jus ad rem, d. h. keine dem Forderungsrecht entspringende Bindung des schuldnerischen Willens hinsichtlich des geschuldeten Gegenstandes (das jus ad rem der älteren gemeinrechtlichen Lehre soll ein der Sache folgendes, auch gegen den dritten Erwerber wirkendes Forderungsrecht auf Sachleistung sein). Obgleich Verkäufer zur Veräufserung an seinen Käufer verpflichtet ist, kann er dennoch einen beliebigen andern zum Eigentümer machen, also z. B. die Sache noch einmal verkaufen und sie dem zweiten Käufer übergeben. Der Käufer hat nur ein Forderungsrecht gegen seinen Verkäufer (auf Schadensersatz), kein „Recht zur Sache“, d. h. kein der Sache folgendes Recht gegen den (wenngleich bösgläubigen) dritten Erwerber[1].

Der Schuldner haftet persönlich für Erfüllung der Schuld (bezw. Schadensersatz). Die persönliche Haftung bedeutete nach altem Recht die Haftung mit dem Leibe (oben S. 333), nach klassischem römischem Recht und ebenso heute bedeutet sie die Haftung mit dem jeweiligen Vermögen: im Vermögen verkörpert sich die privatrechtliche Kraft der Person. Die Vermögenshaftung wird verwirklicht durch die Zwangsvollstreckung. Damit hängt die actio Pauliana (Gläubigeranfechtungsklage) zusammen: die Klage auf Rückerstattung dessen, was der Schuldner zwecks Verkürzung der Zwangsvollstreckung aus seinem Vermögen weggegeben hat (alienatio in fraudem creditorum). Die Klage geht gegen den bösgläubigen Erwerber (der particeps fraudis war) auf Rückleistung; gegen den unentgeltlichen Erwerber, z. B. den Beschenkten, auf Herausgabe der Be-

[1] Anders das preufsische Landrecht I, 19 §§ 5. 6: der bösgläubige Erwerber, dem „das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des Anderen zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen ist, kann sich seines durch die Übergabe entstandenen dinglichen Rechts gegen denselben nicht bedienen“. Vgl. ebendas. I, 10 § 25. — Das B.G.B. kennt, ebenso wie das römische Recht, kein dem Forderungsrecht entspringendes „Recht zur Sache“. Über einen Ausnahmsfall des jus ad rem im römischen Fideikommissrecht (Paulus sent. IV, 1 § 15; l. 109 § 1 D. 30) vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 88.

reicherung, wenn er gutgläubig war. Die Klage dient zur Ergänzung der Zwangsvollstreckung. Sie entspringt also nicht einem Delikt des Erwerbers, noch einer Verfügungsbeschränkung des zahlungsunfähigen Schuldners (die Veräufserung ist vielmehr als solche vollgültig), sondern lediglich der Haftung des Schuldners mit seinem unverminderten Vermögen. Sie macht den Gläubigeranspruch geltend, dafs das in fraudem creditorum Veräufserte, soweit das Gläubigerinteresse es fordert, zur Zwangsvollstreckungsmasse (bezw. Konkursmasse) zurückgewährt werde [2].

Niemals hat die Schuldverbindlichkeit personenrechtlich unterwerfende, niemals hat sie dinglich auf einen bestimmten Gegenstand als solchen wirkende, ja niemals hat sie bindende (die Verfügungsmacht beeinträchtigende), immer hat sie nur obligatorische, d. h. durch das Mittel der Schadensersatzpflicht die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Schuldners verpflichtende Kraft [3].

§ 74.
Korrealobligationen.

Es gibt Gesamtschuldnerschaft: mehrere haften miteinander („samt und sonders“, „einer für alle“) für dieselbe ganze Schuld. Jeder haftet selbständig (als Hauptschuldner), und zwar auf die

---

[2] Über das Geschichtliche der actio Pauliana, das teilweise dunkel ist, vgl. jetzt Lenel, Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht (in der Festschrift für A. S. Schultze 1903). Das klassische Recht gab, wie es scheint, dem curator bonorum (Konkursverwalter) in integrum restitutio gegen fraudulöse Veräufserung und damit gegen den Erwerber eine actio rescissoria (in rem), als wenn die Veräufserung nicht geschehen wäre; der einzelne Gläubiger konnte ein interdictum fraudatorium gegen den Erwerber erwirken, aus dem eine actio arbitraria (in personam) auf Rückgewähr hervorging. Diese actio arbitraria hiefs actio Pauliana. Sie ist die (nunmehr auch dem Konkursverwalter zuständige) einzige Gläubigeranfechtungsklage des justinianischen und des späteren gemeinen Rechts geworden. — Heute ist die Gläubigeranfechtung reichsgesetzlich durch die Konkursordnung §§ 29 ff. und das Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners aufserhalb des Konkursverfahrens (in der Fassung vom 20. Mai 1898) geregelt.

[3] Das erhärten zwei neue wertvolle Untersuchungen über den Begriff des Schuldverhältnisses: H. Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903. P. Kretschmar, Die Erfüllung, Bd. 1 (1906). Vgl. unten § 89 Anm. 5.

ganze Leistung. Aber wenn einer geleistet hat, sind alle frei, denn alle schulden dieselbe eine Leistung. Es bestehen mehrere Schuldverhältnisse zwecks einmaliger Erfüllung. Beispiel: mehrere nehmen gemeinsam ein Darlehn auf, indem jeder sich dem Darlehnsgeber zur Rückzahlung der ganzen Summe verpflichtet. Sie sind gesamtschuldnerische Darlehnsschuldner. Das verbessert die Lage des Gläubigers.

Ebenso gibt es Gesamtgläubigerschaft: mehrere haben miteinander („samt und sonders", „einer für alle") dieselbe ganze Forderung, so dafs jeder selbständig (als wenn er der einzige Gläubiger wäre) die ganze Leistung vom Schuldner einzufordern berechtigt ist. Aber wenn der Schuldner einmal geleistet hat, ist er von allen Mitgläubigern befreit, denn die Forderungsrechte aller Mitgläubiger gehen auf dieselbe eine Leistung. Es bestehen ebenso wie vorher mehrere Forderungsrechte[1] zwecks einmaliger Erfüllung. Beispiel: mehrere geben gemeinsam ein Darlehn (jeder einen Teil der Summe) mit der Bestimmung, dafs jeder Darlehnsgeber vom Schuldner das ganze Darlehn soll fordern dürfen. Das dient dem Schuldnerinteresse (der Schuldner braucht zwecks Zahlung nur einen Gläubiger aufzusuchen). Es dient auch dem Gläubigerinteresse (nur ein Gläubiger braucht zu klagen).

Solche Schuldverhältnisse, kraft deren zu derselben einen

[1] Es gilt also auch bei der Gesamtgläubigerschaft Einhandsprinzip, d. h. jeder einzelne Gläubiger kann die ganze Forderung geltend machen (z. B. durch Klage). Die selbständige Klagberechtigung jedes einzelnen bedeutet das Bestehen mehrerer Forderungsrechte auf dieselbe eine Leistung. Das heutige Recht kennt für die Mitgläubigerschaft (nicht für die Mitschuldnerschaft) auch das Gesamthandsprinzip: die Forderung ist in der Art gemeinsam, dafs sie nur von allen Mitgläubigern gemeinsam geltend gemacht werden kann, es müssen alle gemeinsam klagen (Beispiel: die Forderung gehört zum Gesellschaftsvermögen, vgl. B.G.B. § 718). Das letztere bedeutet aber keine Korrealität und ebenso keine Gesamtgläubigerschaft im Sinne des B.G.B., denn es besteht nur ein einziges Forderungsrecht, welches (nach Mafsgabe eines personenrechtlichen Verhältnisses) mehreren zu gesamter Hand gemeinsam zuständig ist. Korrealgläubigerschaft und ebenso Gesamtgläubigerschaft des B.G.B. besteht nur bei getrennter Zuständigkeit mehrerer Forderungsrechte (Einhandsprinzip), so dafs die Gemeinschaft des Gläubigerrechts lediglich durch die Einmaligkeit der Leistung gegeben ist.

Leistung mehrere Schuldner („in solidum") verpflichtet bezw. mehrere Gläubiger („in solidum") berechtigt sind, nennen wir mit einem römischen Ausdruck Korrealobligationen. Das B.G.B. (§ 421 ff.) nennt sie Gesamtschuldverhältnisse. Die Korrealobligation ist eine passive (correi debendi, plures rei promittendi), wenn mehrere Personen auf der Schuldnerseite beteiligt sind (Gesamtschuldnerschaft); sie ist eine aktive (correi credendi, plures rei stipulandi) bei Mehrheit der Personen auf der Gläubigerseite (Gesamtgläubigerschaft). Denkbar ist, dafs die Obligation zugleich eine aktive und eine passive Korrealobligation darstellt. Den Hauptfall bildet im Rechtsleben die passive Korrealobligation, die Gesamtschuldnerschaft.

Korrealobligation bedeutet also eine Mehrheit von gleichlautenden Obligationen zwecks einmaliger Leistung. Es liegen mehrere Schuldverhältnisse bezw. Forderungsrechte vor: so viele als Personen auf der einen oder anderen Seite beteiligt sind. Aber es besteht zwischen den mehreren Obligationen ein rechtlicher Zusammenhang, eine rechtliche Gemeinschaft durch die Gemeinschaft des Schuldinhalts, d. h. durch die Identität der Leistung.

I. Auszuscheidende Verhältnisse. Zum Dasein einer Korrealobligation ist nicht genügend, dafs der Schuldgegenstand mehrerer Schuldverhältnisse der gleiche sei. Gleichheit des Schuldgegenstandes (der geschuldeten Handlung) begründet als solche keine Identität der Schuldleistung (des Schuldinhalts), begründet also als solche keinen rechtlichen Zusammenhang der Schuldverhältnisse miteinander. Beispiel: Ich habe dies Pferd gekauft. Da sich herausstellt, dafs mein Verkäufer das Pferd gestohlen hat, kaufe ich dasselbe Pferd noch einmal vom Eigentümer. Der erste und der zweite Verkäufer schulden dieselbe Sache (dieselbe Handlung), aber es besteht keine Korrealität. Beide Verkäufer müssen leisten (die Sache bezw. Schadensersatz). Die geschuldeten Leistungen sind verschiedene Leistungen trotz Gleichheit des Schuldgegenstandes. Warum? Weil jede Leistung einem anderen Verpflichtungsgrund entspricht. Ein anderer Verpflichtungsgrund eine andere Leistung. Das gilt in allen Fällen, in denen voneinander getrennte Schuldgründe zur Vollbringung der

gleichen Handlung verpflichten. Kraft des verschiedenen Schuldgrundes sind die gleichen Handlungen dennoch rechtlich ungleich. Es mufs deshalb grundsätzlich mehrmals geleistet werden. So in dem eben vorgelegten Fall. Möglich, aber keineswegs notwendig ist, dafs trotzdem die wirtschaftliche Gleichheit der verschiedenen Leistungen rechtliche Wirkung übt, falls nämlich durch Erfüllung der einen Schuld die andere inhaltslos wird, so dafs der Inhalt der anderen Schuld zwar nicht befriedigt, aber erledigt ist. Beispiel: Ich bin gegen Diebstahl versichert. Ich werde bestohlen. Ich kann Schadensersatz vom Diebe und ebenso von der Versicherungsgesellschaft verlangen. Hat mir der Dieb Schadensersatz geleistet, so wird mein Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft inhaltslos (ich habe keinen Schaden mehr): er ist nicht befriedigt, aber erledigt. Nicht umgekehrt: hat mir die Versicherungsgesellschaft den Schaden ersetzt, so bleibt mein Anspruch gegen den Dieb (ich mufs ihn der Versicherungsgesellschaft abtreten). Der Diebstahlsanspruch ist nicht erledigt, da das Delikt noch nicht gebüfst ist. Es besteht keinerlei Korrealität, obgleich durch Ersatzleistung des Diebes die Voraussetzungen des Anspruchs gegen die Versicherungsgesellschaft aufgehoben werden. Ein anderes Beispiel: Ich habe einen Auftrag gegeben. Bevor der Auftrag ausgeführt ist, gebe ich denselben Auftrag auch einem anderen (also zwei getrennte Aufträge zu derselben Handlung). Es besteht keine Korrealität, aber wenn der eine Auftrag ausgeführt wird, ist zugleich der andere erledigt. Ein drittes Beispiel: Es hat mir jemand dies Pferd zu schenken versprochen. Bevor die Schenkung erfüllt ist, wird mir dasselbe Pferd von einem anderen vermacht. Sobald ich aus der einen „lukrativen causa“ das Pferd erhalten habe, ist auch die andere erledigt; das andere lukrative Schuldverhältnis ist inhaltslos geworden (concursus causarum lucrativarum, vgl. unten § 89 I, 3). In all diesen Fällen wirkt die einmalige Leistung auch auf das andere Schuldverhältnis, aber nicht durch ihre rechtliche Natur als Leistung (als Erfüllung), sondern lediglich zufällig durch ihren tatsächlichen Erfolg: die Handlung ist tatsächlich nicht noch einmal möglich. Man hat daher in solchen Fällen von „zufälliger“ (Mitteis) oder „unechter“ (Eisele) Solidarität

gesprochen. Die mehreren Verpflichteten sind in Wahrheit nicht in solidum zu derselben Leistung verpflichtet. Trotz Verschiedenheit der Leistungen (wegen Verschiedenheit des Schuldgrundes), d. h. trotz Mangels der Solidarität wirkt die Erfüllung des einen Schuldverhältnisses (zufällig) auf die des anderen ein. Es besteht keinerlei Solidarität, und dieser Satz bedeutet zugleich den anderen: es besteht keinerlei Korrealität.

II. Fälle der Korrealobligation. Identität der Leistung hat Identität des Schuldgrundes zur Voraussetzung. Eine Korrealobligation kann nur entstehen, wenn derselbe Schuldgrund mehrere verpflichtet bezw. berechtigt: der gemeinsame Verpflichtungsgrund erzeugt Gemeinsamkeit (rechtliche Verbundenheit) der Obligationsverhältnisse.

Demgemäfs wird eine Korrealobligation begründet durch gemeinsamen Schuldvertrag (Schuldvertrag im Namen mehrerer), vorausgesetzt dafs der gemeinsame Vertrag die Haftung bezw. die Berechtigung auf das Ganze (in solidum) für alle passiv bezw. aktiv am Vertrage Beteiligten bestimmt. Aus der Form oder doch (bei bonae fidei negotia) aus dem Inhalt des gemeinsamen Schuldvertrags mufs deutlich hervorgehen, dafs nicht Teilverpflichtung bezw. Teilberechtigung, sondern auf das Ganze gerichtete (solidarische) Verpflichtung bezw. Berechtigung der am Vertrage Beteiligten gewollt ist. Die Solidarberedung macht den gemeinsamen Schuldvertrag zum korrealen Vertrag[8]. Der Urfall, an dem die Römer das Recht vom korrealen Schuldvertrag entwickelt haben, ist der der korrealen Stipulation (daher die Bezeichnung plures rei promittendi für Korreal-

---

[8] Nach dem B.G.B. bedarf es der besonderen Vereinbarung der Solidarität nur bei mehrfacher Beteiligung auf der Aktivseite (ist nicht besonders ausgemacht, dafs jeder allein das ganze fordern kann, so gilt bei teilbarer Leistung Teilgläubigerschaft, bei unteilbarer Leistung kann jeder nur Leistung an alle gemeinsam fordern, §§ 420. 432). Für den gemeinsamen Schuldvertrag mit mehrfacher Passivbeteiligung aber wird nach B.G.B. § 427 auch bei Teilbarkeit der Leistung die Solidarberedung vermutet (vgl. § 431). Das römische Recht hat diese Vermutung nicht, fordert also stets positive Vereinbarung der Solidarität. Nur bei einem Vertrag im Namen von argentarii socii (offenen Gesellschaftern eines Bankiergewerbes) erschien den Römern die Solidarität als selbstverständlich, vgl. z. B. l. 25 pr. 27 pr. D. 2, 14.

schuldner, plures rei stipulandi für Korrealgläubiger). Eine korreale Stipulation liegt vor, wenn mehrere als Stipulanten bezw. als Promittenten an derselben einen Stipulation beteiligt sind: erst nachdem die sämtlichen Stipulanten gefragt haben (spondesne?), antwortet der Promittent allen (spondeo); bezw. erst nachdem der Stipulant alle Promittenten nacheinander gefragt hat, antwortet jeder Promittent (spondeo), vgl. J. 3, 16 (unten S. 459). Dasselbe Ganze ist mehrmals versprochen und die Identität der Stipulation macht klar die Identität der Leistung: eine Stipulation, eine Leistung. Nach Vorbild der Korrealstipulation ist dann auch die Möglichkeit eines korrealen Darlehns (eines gemeinsamen Darlehns mit Solidarberedung), eines korrealen Depositums, Kommodats, Mandats usw. von den römischen Juristen anerkannt worden.

Durch gemeinsames Vermächtnis entsteht eine Korrealobligation, wenn mehrere alternativ mit demselben ganzen Vermächtnis beschwert bezw. bedacht sind, z. B. heres meus aut Titio aut Maevio dato.

Schwierigkeiten machte den Römern das gemeinsame Delikt. Das Delikt verpflichtet nach römischem Recht teils zur Zahlung einer Privatstrafe (poena), teils zur Leistung von Schadensersatz (res) vgl. unten § 85. Soweit mehrere Mitdelinquenten auf Privatstrafe haften (z. B. im Fall der actio furti gegen mehrere Diebe), entsteht selbstverständlich keine Korrealobligation, sondern eine Mehrheit von unverbundenen Obligationen. Die Leistungen sind gleich grofs (jeder schuldet als poena das duplum bezw. quadruplum) aber verschieden: jeder mufs seine Strafe zahlen. Soweit aber die Deliktsobligation auf Schadensersatz geht, ist offenbar die Leistung dieselbe, zu der alle Teilhaber des Delikts verpflichtet sind. Alle schulden den gleichen Schadensersatz aus demselben Schuldgrunde (derselben Schadenszufügung, an der sie alle beteiligt sind). Bei den römischen Juristen überwog jedoch zunächst die Vorstellung, dafs auch die Schadensersatzpflicht zur Strafe auferlegt werde, dafs also auch der Schadensersatz eine poena sei, die deshalb auch von allen Mitschuldigen mehrmals gezahlt werden müsse (so z. B. bei gemeinsamer Sachbeschädigung, vgl. l. 11 § 2 D. 9, 2). Erst allmählich drang die Erkenntnis durch,

dafs auch die deliktische gemeinsame Verpflichtung mehrerer zum Ersatz desselben Schadens nur auf eine Leistung gerichtet sei, d. h. korreale Natur habe: die Schadensersatzverbindlichkeit mehrerer Mitdelinquenten wird nach dem Recht der späteren Kaiserzeit durch eine Leistung aufgehoben; der Geschädigte hat jetzt keinen Schaden mehr (vgl. z. B. l. 17 D. 4, 3; l. 1 C. 4, 8). Dem Fall mehrerer Mitdelinquenten steht der Fall der Noxalhaftung mehrerer Miteigentümer eines Sklaven bezw. eines schädigenden Tieres (unten § 86, 5) gleich, mit der Besonderheit, dafs hier auch die Haftung auf Strafzahlung nur eine blofs einmalige ist (l. 9 D. 9, 4): es ist nicht blofs ein Delikt, sondern auch nur ein Delinquent da, der servus.

So entsteht die Korrealobligation aus gemeinsamem Schuldvertrag (mit Solidarberedung), aus gemeinsamem Vermächtnis, aus gemeinsamem Delikt: ein Verpflichtungsgrund, eine Leistung.

III. Rechtssätze. Die Art der Beteiligung an dem korrealen Schuldverhältnis kann für die Mitverpflichteten bezw. Mitberechtigten von vorneherein in verschiedener Weise bestimmt sein, so dafs z. B. der eine bedingt, der andere unbedingt, der eine betagt, der andere unbetagt das Ganze schuldet. Ebenso kann nachträglich die Mitverpflichtung bezw. Mitberechtigung des einzelnen durch Sondervorgänge verändert werden, welche das Rechtsverhältnis der übrigen nicht berühren. Fälle dieser Art sind die in integrum restitutio und capitis deminutio eines Korrealschuldners, die confusio (der Korrealgläubiger beerbt einen Korrealschuldner; die übrigen bleiben ihm verhaftet, sie sind nur befreit, soweit sie gegen ihn regrefsberechtigt sind), der Ablauf der Klagenverjährung (erst Justinian bestimmte, l. 4 C. 8, 39, dafs die Unterbrechung der Klagverjährung zu Lasten aller Korrealschuldner wirke; die Vollendung der Klagverjährung, die ja für die einzelnen zu verschiedener Zeit beginnen kann, kommt auch nach justinianischem Recht nur dem betreffenden Korrealschuldner zugute). Auch mora und culpa des einen Korrealschuldners scheint nach römischem wie nach heutigem Recht (vgl. B.G.B. § 425, 2) nur subjektive Wirkung zu Lasten des betreffenden Schuldners herbeigeführt zu haben (l. 32 § 4 D. 22, 1; zweifelhaften Inhalts l. 18 D. 45, 2). Grundsatz aber ist, dafs durch Befriedigung des Gläubigers

seitens eines Korrealschuldners, bezw. bei Korrealgläubigerschaft durch Befriedigung eines Gläubigers das ganze Schuldverhältnis für alle Beteiligten aufgehoben wird. Das Wesen der Korrealobligation besteht darin, dafs einmalige Leistung für alle Mitschuldverhältnisse die Leistung des Geschuldeten (Befriedigung, nicht blofs Erledigung) bedeutet: teilweise Leistung wirkt teilweises Erlöschen, Vollleistung wirkt völliges Erlöschen des Gesamtschuldverhältnisses für bezw. gegen alle Beteiligten. Gleich der Leistung wirkt sonstige Befriedigung des Gläubigers (durch datio in solutum, unten § 89 I, 2, oder Vollziehung der Aufrechnung, § 89 II, 2). Aber die blofs formale Befriedigung des Gläubigers (Erlafsvertrag, auch die Schuldverwandlung durch Novation) hat, wenigstens nach jüngerem klassischem Recht, von der Sonderbehandlung der acceptilatio (die nur bei Stipulationsschuld möglich ist) abgesehen, grundsätzlich solche Wirkung nicht[8].

Unter einen ganz anderen Gesichtspunkt fällt, dafs nach klassischem römischem Recht auch der Prozefsbeginn, die litis contestatio, gesamtbefreiende Wirkung übt. Erhob der Gläubiger Klage gegen einen correus, so wurden die anderen frei, und zwar durch die Klagerhebung als solche ohne Rück-

[8] Die korreale Stipulation wird allerdings durch eine acceptilatio (rechtsförmlichen Erlafsvertrag mit einem correus) für alle Beteiligten aufgehoben, l. 31 § 1 D. 46, 2. Das hängt mit dem Formalismus des alten Rechts zusammen, welcher die acceptilatio als imaginäre Befriedigung des Gläubigers behandelte (unten § 89 I). Die volksgesetzliche Anerkennung dieser Auffassung durch das zweite Kapitel der lex Aquilia (acceptilatio des adstipulator vernichtet das Recht auch des Hauptgläubigers, vgl. unten § 85 Anm. 4) hat ihr Dauerkraft für die ganze spätere Zeit gegeben. Ebenso hat die gesamtbefreiende Kraft der Novation (l. 31 § 1 cit.) in der älteren formalistischen Behandlung der Stipulationsschuld ihre Grundlage. Der Jurist Paulus trägt kein Bedenken, sowohl dem nicht in Form der acceptilatio auftretenden Erlafsvertrag (pactum de non petendo) wie auch der Novation die gesamtbefreiende Wirkung abzusprechen (l. 27 pr. D. 2, 14). Die Wirkung des pactum de non petendo bestimmt sich ganz nach der Absicht der Parteien. Es kommt darauf an, ob der Erlafs nur für den am Vertrag Beteiligten (in personam) oder für das ganze Schuldverhältnis (in rem) wirken soll, l. 21 § 5, l. 22 D. 2, 14 (wesentlich ebenso B.G.B. § 423). Die früher herrschende Lehre von der una obligatio (vgl. bei Anm. 4) ist zu ausschliefslich durch die von den Römern nur für das formalistische Recht der korrealen Stipulation entwickelten Gesichtspunkte bestimmt worden. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 265 Anm. 23.

sicht darauf, ob der Gläubiger durch die Klage Befriedigung erlangte; ebenso schlofs bei aktiver Korrealobligation schon die Klage des einen Gläubigers die anderen aus (l. 2 D. 45, 2: petitione unius tota solvitur obligatio). Das hängt mit dem Satz des römischen Prozefsrechts zusammen: bis de eadem re ne sit actio (oben S. 332). Die korrealen Ansprüche gingen auf idem (dieselbe Leistung), sie waren eadem res. Die litis contestatio konsumierte die korrealen Ansprüche, eine zweite Klage aus einem anderen der korrealen Ansprüche wäre eine zweite actio de eadem re gewesen. Aber zweifellos ward durch diesen Rechtssatz der praktische Wert namentlich der passiven Korrealobligation beeinträchtigt: trotz Mehrheit der Schuldner konnte Zwangsvollstreckung nur gegen einen einzigen erwirkt werden. Daher wurde denn auch der Satz nicht rücksichtslos durchgeführt. Für die Ersatzobligationen aus gemeinsamem Delikt, deren korreale Natur ja überhaupt nur zögernd anerkannt wurde, tritt ein anderes Prinzip auf: nur die Leistung des Schadensersatzes, nicht schon die Klage befreit die Mitdelinquenten von der Ersatzpflicht (so zweifellos im Fall des dolus, vgl. l. 17 pr. D. 4, 3). Unsere heutigen Juristen sprechen in solchen Fällen, wo trotz Identität der Leistung doch nur die Leistung (bezw. sonstige Befriedigung), nicht schon die litis contestatio gesamtbefreiende Wirkung hat, von „blofser Solidarität". Justinian hat dann durch l. 27 C. 8, 40, den Bedürfnissen der Praxis folgend, für alle Fälle der passiven Korrealobligation den Grundsatz der „blofsen" Solidarität durchgeführt. Dementsprechend sind im Corpus Juris zahlreiche Stellen durch Interpolation geändert. Die Interpolation ist aber nicht immer durchgeführt (so ist z. B. l. 2 D. 45, 2 nicht genügend verändert worden). Daher die Widersprüche, die sich im Corpus Juris finden.

Um diese Widersprüche zu lösen, ward von Keller und Ribbentrop die Lehre von der begrifflichen Verschiedenheit zwischen den eigentlichen Korrealobligationen (mit gesamtbefreiender Wirkung schon der litis contestatio) und den „blofs solidarischen" Obligationen aufgestellt. Identität der Leistung (des Schuldinhalts) ward für beide Fälle gefordert (Ausscheidung der „unechten" Solidaritätsfälle, vgl. oben I). Mit der Einheit der Leistung aber sollte sich in den Fällen der „Korrealobliga-

tion“ auch Einheit der Obligation verbinden: „Korrealobligation“, so ward gelehrt, ist eine Obligation (darum nur eine Klage) mit „mehrfacher subjektiver Beziehung“; „Solidarobligation“ eine Mehrheit von Obligationen, die nur durch Identität der Leistung verbunden sind. Die Unterscheidung hat sich als unhaltbar erwiesen. So notwendig in den „Korreal“-fällen die Mehrheit der „subjektiven Beziehungen“ eine Mehrheit von Schuldverhältnissen bedeutet, ebenso notwendig ist in den echten Solidaritätsfällen mit der Einheit der Leistung die sachliche Einheit (rechtliche Verbundenheit) der mehreren Obligationen gegeben. Es besteht kein Unterschied zwischen Korrealität und echter Solidarität. Das ist denn auch die heute als herrschend zu bezeichnende Lehre[4]. Die echten Solidarobligationen sind Korrealobligationen und umgekehrt. Die verschieden lautenden Äufserungen der Quellen über die Wirkung der litis contestatio bringen nicht eine begriffliche Verschiedenheit der Fälle, sondern nur die mangelhafte Durchführung einer gesetzgeberischen Reform zum Ausdruck. Im B.G.B ist die Entwickelung vollendet. Das Gesamtschuldverhältnis des B.G.B. ist die nach dem Prinzip der „blofsen Solidarität“ (die Klagerhebung hat keine Gesamtwirkung) einheitlich geregelte Korrealobligation (echte Solidarobligation) des heutigen Rechts.

L. 3 § 1 D. de duob. reis (45, 2) (Ulpian.): Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti; et partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est; quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus. Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa est; ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur uni, ab altero liberatio contingat.

---

[4] Vgl. insbesondere Mitteis, Die Individualisierung der Obligation (1886) und in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 419 ff. (1887). Eisele im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 77 S. 374 ff. (1891). Bd. 84 S. 295 ff. (1895). Binder, Die Korrealobligationen (1899). Die Ergebnisse dieser Forscher habe ich im obigen zusammenfassend darzustellen gesucht. Die ältere (noch z. B. von Windscheid, Pandekten 9. Aufl. Bd. 2 § 292 ff., auch von den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs vertretene) Lehre von der una obligatio beruhte auf Keller, Über Litiskontestation und Urteil (1827); Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen (1831).

pr. I. de duob. reis (3, 16): Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat SPONDEO, ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO. Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: MAEVI, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? SEI, EOSDEM QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? respondeant singuli separatim SPONDEO.

IV. Ergänzendes. Das Wesen der Korrealität ist die Solidarität, d. h. dafs jeder dasselbe Ganze schuldet bezw. zu fordern berechtigt ist. Hadrian hatte mehreren Mitbürgen (Konfidejussoren) die exceptio divisionis gegeben (das Recht, dafs jeder nur auf einen Kopfteil verklagt werde, unten § 80 I, 3). In Anschlufs daran hat Justinian dies beneficium divisionis durch Nov. 99 allen vertragsmäfsigen Korrealschuldnern eingeräumt. Das ist Entwertung des Korrealschuldverhältnisses. Im B.G.B. ist darum die Teilungseinrede für Gesamtschuldner (auch für Mitbürgen) verschwunden. Dem Gläubiger gegenüber verlangt die Gesamtschuld die Ganzhaftung. Aber im Innenverhältnis der Korrealschuldner zueinander macht sich das unterliegende Rechtsverhältnis geltend, welches den Grund ihrer Beteiligung am Gesamtschuldverhältnis darstellt. Hat der eine Korrealschuldner das ganze gezahlt, so kann er aus dem Kausalverhältnis gegen den anderen Regrefs nehmen, sei es auf Teilersatz (z. B. mit der actio pro socio, wenn etwa das gemeinsame Darlehn zu gemeinsamen Zwecken aufgenommen war) sei es auf Ersatz der ganzen Summe (z. B. mit der actio mandati contraria, falls er auf Wunsch des anderen sich als Gesamtschuldner mitverpflichtete, obgleich das gemeinsam empfangene Darlehn nur dem anderen zugute kam). Nach dem B.G.B. § 426 kann kopfteiliger Regrefs ohne weitere Begründung (also ohne Beweislast in bezug auf das Kausalverhältnis) genommen werden, doch kann der Gegner (der Mitschuldner) das unterliegende Verhältnis geltend machen, um darzutun, dafs er keinen oder geringeren Ersatz schuldet.

Mit den Korrealobligationen verwandt und doch von ihnen zu unterscheiden sind die Fälle der akzessorischen Verbindlichkeit. Die Schuld des Bürgen bestimmt sich inhaltlich

durch die Schuld des Hauptschuldners: der für den Hauptschuldner wirkende Verpflichtungsgrund ist Grund auch für die des Bürgen. Es besteht darum Identität der Leistung und die Rechtssätze von der Korrealität finden Anwendung: Befriedigung (auch acceptilatio, wenn der Hauptschuldner Stipulationsschuldner ist), und nach klassischem (nicht mehr nach justinianischem) Recht auch die litis contestatio üben gesamtbefreiende Wirkung. Aber zugleich greifen die Rechtssätze von der Unselbständigkeit der Bürgschaftsschuld ein. Der Bürge haftet nur, wenn auch der Hauptschuldner haftet, während der Korrealschuldner selbständig haftet, also verpflichtet wird, auch wenn die Verpflichtung des anderen correus, etwa wegen Ausfalls der Bedingung oder wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, nicht zustande kommt. Darum wird die Bürgschaftsschuld in den römischen Quellen von dem Fall der plures rei promittendi unterschieden; sie bildet auch nach dem B.G.B. keinen Fall der Gesamtschuld (nur mehrere Mitbürgen sind im Verhältnis zueinander Gesamtschuldner, da die eine Bürgschaft von der anderen Bürgschaftsschuld nicht abhängt). Anders steht im römischen Recht das constitutum debiti, unten § 84. Auch die römischrechtliche Haftung des Vertretenen (bezw. des Gewalthabers) aus der Schuld des Vertreters (unten § 88) hat nichts mit Korrealität zu tun. Hier besteht nach römischem Recht nur eine Schuld, die des Vertreters, aus welcher nach Zivilrecht gegen den Vertreter, nach prätorischem Recht gegen den Vertretenen geklagt werden kann. Hier liegt wirklich una obligatio vor und darum keine Korrealobligation. Wohl aber steht der Fall des adstipulator (unten § 80 IV) der aktiven Korrealobligation nahe. Dem adstipulator wird im Interesse des Hauptstipulanten mitversprochen. Zahlungsempfang durch den adstipulator, auch seine acceptilatio, seine litis contestatio befreit den Schuldner zugleich von dem Hauptgläubiger (es handelt sich um dieselbe eine Leistung). Aber der adstipulator ist nur akzessorischer Mitgläubiger (im Dienst des anderen) und darum kein echter Korrealgläubiger. Die gleiche, selbständige Mitverpflichtung bezw. Mitberechtigung mehrerer zu derselben Leistung begründet das Wesen der römischen Korrealobligation, des heutigen Gesamtschuldverhältnisses.

§ 75.
Inhalt der Obligation.

Ihrem Leistungsgegenstande nach bedeutet die Schuldverpflichtung entweder eine Sachschuld oder eine Geldschuld oder eine Verpflichtung zu sonstigem Tun. Die Sachschuld kann eine Stückschuld (Speziesschuld) oder eine Gattungsschuld (Genusschuld) sein. (Die römische Unterscheidung der Obligationen je nachdem sie auf dare oportere oder auf facere bezw. praestare gehen, hat nur beschränkte Bedeutung, vgl. § 76).

I. Stückschuld und Gattungsschuld. Stückschuld ist die Verpflichtung zur Leistung einer dem Stück nach (individuell, als „species“) bestimmten Sache: diese Sache wird geschuldet. Geht die geschuldete Sache durch einen Umstand unter, den Schuldner nicht zu vertreten hat, so wird der Schuldner frei: species perit ei cui debetur. Gattungsschuld ist die Schuld zur Leistung einer nur der Art nach (generisch) bestimmten Sache: eine Sache (z. B. ein Pferd) oder eine Sachmenge (z. B. 100 Sack Weizen) wird geschuldet. Gehen dem Schuldner Sachen unter, die er zur Erfüllung der Gattungsschuld bestimmt hatte, so wird er nicht befreit, denn diese Sachen waren nicht geschuldet: genus perire non censetur. Die Gattungsschuld ist nicht zu verwechseln mit der Schuld zur Leistung vertretbarer Sachen (oben S. 357). Auch in bezug auf unvertretbare Sachen kann eine Gattungsschuld bestehen (falls z. B. ein Grundstück, ein Pferd geschuldet wird), und umgekehrt kann die Schuld zur Leistung vertretbarer Sachen eine Stückschuld sein (es kann nur dieser Sack Weizen geschuldet werden).

II. Geldschuld ist die Verpflichtung zur Leistung einer Geldsumme, d. h. zur Leistung einer Quantität Wert (nicht einer Quantität Sachen). Zur Leistung des Wertes dient das Geld im Rechtssinne, d. h. diejenigen Sachen, welche von Rechts wegen die Bestimmung zur Leistung des abstrakten Wertes (den sogenannten Zwangskurs) haben. Bei uns gilt heute die Goldwährung. Nur die Reichsgoldmünzen sind im Deutschen Reiche Geld im Rechtssinne, die Silber-, Nickel- und Kupfermünzen sind Scheidemünze (brauchen nur bis zu gewissen Beträgen genommen zu werden). Banknoten, Reichskassenscheine

sind Geld nur im wirtschaftlichen Sinne (dienen tatsächlich der Leistung des abstrakten Wertes, haben aber, ebenso wie das ausländische Geld, keinen Zwangskurs). Also: bei Zahlung einer Geldsumme (Geldschuld) mufs alles das, aber auch nur das in Zahlung genommen werden, was Geld im Rechtssinn ist. Die Geldschuld ist nicht die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Sachmenge. Wer mir 100 Mark schuldet, der schuldet mir nicht hundert Markstücke (Quantität fungibler Sachen); im Gegenteil! ich würde die hundert Einmarkstücke nicht anzunehmen brauchen. Er schuldet mir vielmehr hundert Mark Wert. Und diese hundert Mark Wert können in jeglicher Art Reichsgoldgeld gezahlt werden: in fünf Zwanzigmarkstücken, in zehn Zehnmarkstücken, in einem Zwanzigmarkstück und acht Zehnmarkstücken usf. Natürlich kann vertragsmäfsig auch die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Art von Geldstücken ausbedungen werden. Z. B. ich will ein Zwanzigmarkstück oder zwanzig Einmarkstücke oder einen Siegestaler erwerben. Solche Pflicht zur Leistung von Geldstücken stellt aber keine Geldschuld dar, sondern eine gewöhnliche Sachschuld (Schuld eines Quantums vertretbarer Sachen). Geldschuld ist nicht die Verpflichtung zur Leistung von Geldstücken (Sachschuld), sondern nur die Verpflichtung zur Leistung einer Geldsumme (Wertschuld), gleichgut in welcher Art von Geldstücken. Der Gegensatz von Geldschuld und Sachschuld wird von Bedeutung für die Unterscheidung von Kaufvertrag und Tauschvertrag, vgl. unten § 82 Anm. 1.

III. Wahlschuld (Alternativobligation) ist die Verpflichtung zu einer oder einer anderen Leistung (mehrere Leistungen sind in obligatione, aber nur eine ist in solutione). Im Zweifel hat der Schuldner das Wahlrecht. Er übt sein Wahlrecht nach römischem Recht erst durch Leistung aus; eine blofse Wahlerklärung bindet ihn nicht (anders B.G.B. § 263). Durch vom Schuldner nicht zu vertretendes Unmöglichwerden einer Leistung wird der Schuldner nicht befreit: die Wahlschuld verwandelt sich in eine einfache Schuld auf die andere Leistung. Keine Wahlschuld liegt vor, wenn der Schuldner nur berechtigt ist, durch eine andere Leistung sich zu befreien (z. B. statt der Sache Geld zu leisten). Hier ist die andere Leistung nur in solutione (sie

genügt zur Erfüllung), nicht Gegenstand der Schuldverpflichtung (es liegt blofse facultas alternativa, keine obligatio alternativa vor): hier wird darum der Schuldner durch nicht von ihm zu vertretendes Unmöglichwerden der Hauptleistung (z. B. durch zufälligen Untergang der geschuldeten Sache) frei.

IV. Teilbar ist die Schuld, wenn die geschuldete Leistung ohne Wertminderung in mehrere gleichartige Leistungen zerlegt werden kann (z. B. die Zahlung von 100 Mark, die Verschaffung des Eigentums an einer bestimmten Sache). Ist die Leistung ihrem Wesen nach unzerlegbar (z. B. die Rückgewähr eines deponierten versiegelten Geldbeutels, die Verschaffung eines unteilbaren Rechts, etwa einer Prädialservitut), so ist die Schuld unteilbar. Das teilbare Schuldverhältnis ist teilweise erfüllbar. Treten mehrere in das teilbare Schuldverhältnis ein, so gilt bei mangelnder Solidarberedung (oben S. 453) Zerlegung des Schuldverhältnisses in so viele Teilschuldverhältnisse als Beteiligte da sind, vgl. l. 11 § 1. 2 D. 45, 2 (nach römischem Recht fand das auch bei der Miterbfolge Anwendung: nomina, nämlich teilbare nomina, ipso jure divisa sunt, unten § 114). Die unteilbare Schuld aber erzeugt bei mehrfacher Passivbeteiligung (ich habe z. B. mehreren gemeinsam einen Regenschirm geliehen, oder der Depositar des versiegelten Geldbeutels ist von mehreren Erben beerbt) von Rechts wegen eine solidarische Verbindlichkeit (ein gesetzliches Gesamtschuldverhältnis, vgl. B.G.B. § 431), auch ohne Solidarberedung; jeder mufs das ganze leisten, weil teilweise Leistung tatsächlich unmöglich ist, vgl. l. 85 § 2. 3 D. 45, 1. Bei mehrfacher Aktivbeteiligung an dem unteilbaren Schuldverhältnis aber (es haben mehrere gemeinsam den versiegelten Geldbeutel deponiert, oder der Deponent ist von mehreren Erben beerbt worden) entsteht bei mangelnder Solidarberedung und beim Erbgang kein Gesamtgläubigerschaftsverhältnis, so dafs jeder das ganze für sich allein fordern könnte (es gibt keine Fälle gesetzlicher Gesamtgläubigerschaft). Es kann zwar jeder auf die ganze Leistung klagen (weil teilweise Leistung tatsächlich unmöglich ist), aber nur so, dafs allen Mitberechtigten gemeinsam geleistet werde (vgl. l. 1 § 36. l. 14 pr. D. 16, 3. B.G.B. § 432), denn nur die Leistung an alle ist die geschuldete Leistung. Die tatsächliche

Beschaffenheit der geschuldeten unteilbaren Leistung erzeugt also bei mehrfacher Passivbeteiligung ein Gesamtschuldverhältnis, weil für jeden einzelnen Schuldner nur die Leistung des ganzen möglich ist (Teilleistung gibt es nicht), bei mehrfacher Aktivbeteiligung aber kein Gesamtgläubigerverhältnis, weil Leistung des geschuldeten an den einzelnen unmöglich ist. Es bedarf im letzteren Fall der Solidarberedung, um die Leistung derart zu verändern, dafs sie an den einzelnen möglich ist und doch kraft der rechtlichen (durch die Solidarberedung bewirkten) Verbundenheit der Gläubiger (Korrealität) alle befriedigt. Immer wirkt die Unteilbarkeit als solche nur kraft der tatsächlichen Art der geschuldeten Handlung (wie in den Fällen „unechter" Solidarität, oben § 74 I), nicht kraft der rechtlichen Art der Schuldverhältnisse.

§ 76.
Strenge und freie Kontrakte.

Die Kontrakte sind teils darauf angelegt, eine bestimmte, genau begrenzte, teils darauf, eine unbestimmte, unbegrenzte und (im voraus wenigstens) unbegrenzbare Verpflichtung zu erzeugen. Der ersteren Art sind die stricti juris negotia (strenge Kontrakte), der zweiten Art die bonae fidei negotia (freie Kontrakte).

Stricti juris negotia sind diejenigen Kontrakte, welche genau zur Leistung des Versprochenen verpflichten (so z. B. die römische stipulatio, welche dem heutigen Wechsel vergleichbar ist, vgl. unten § 80). Sie werden dem Buchstaben nach ausgelegt. Was nicht versprochen ist, wird auch nicht geschuldet. Die Obligation ist ihrem Inhalt nach berechenbar, bestimmt. Durch stricti juris negotium kann eine certa obligatio erzeugt werden. Certa obligatio im Sinne des römischen Rechts ist die obligatio auf dare oportere, d. h. die Verpflichtung zur Verschaffung eines zivilen Sachenrechts, insbesondere des zivilen Eigentums an einer bestimmten Sache bezw. einer bestimmten Summe (Geldes oder vertretbarer Sachen). Incerta obligatio im Sinne des römischen Rechts ist die obligatio auf facere, d. h. die Schuldverpflichtung zu irgendeiner anderen Leistung (z. B. zur Rückgewähr einer Sache, die mir bereits gehört: restituere) bezw. zum praestare, d. h. zur

Leistung von Schadensersatz an Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung. Ist das dare einer certa res (einer certa pecunia) durch stricti juris negotium zugesagt worden, so besteht in vollem Sinne des Wortes eine certa obligatio. Es wird nichts weiter geschuldet, als was zugesagt ist: die Schuldverpflichtung hat einen objektiv gewissen Wert[1].

Dagegen sind die bonae fidei negotia Kontrakte, welche nicht schlechtweg zur Leistung des Versprochenen, sondern vielmehr zur Leistung alles dessen verpflichten, was nach Treu und Glauben in solchem Fall gefordert werden kann (was mehr und auch weniger sein kann als das Versprochene). Hier entsteht eine unberechenbare, nach Umständen verschieden sich bestimmende Verpflichtung: die Obligation ist immer eine incerta, wenn auch das ausdrücklich gegebene Versprechen direkt auf dare einer certa res lautete (z. B. beim Tausch). Es wird stets geschuldet: quidquid dare facere oportet ex bona fide (vgl. S. 307).

Damit hängt zusammen, dafs die stricti juris negotia einseitig verpflichtende, die bonae fidei negotia aber stets zweiseitig verpflichtende Schuldverträge sind. Das stricti juris negotium enthält ein einziges Versprechen (z. B. des Promissor in der Stipulation, des Darlehnsempfängers). Es erzeugt ein einziges Forderungsrecht (des Stipulanten, des Darlehnsgebers). Wer nichts versprach, wird auch nichts schuldig: er hat eine Forderung ohne Gegenforderung (ein schneidiges Forderungsrecht). Die b. f. negotia zerfallen in zwei Klassen. Die einen sind für beide Teile gleichmäfsig verpflichtende Verträge (sogenannte contractus bilaterales aequales, synallagmatische Verträge, im B.G.B. heifsen sie gegenseitige Verträge). Sie

---

[1] Certa obligatio im römischen Sinn ist also eine Schuldverpflichtung von gegenwärtig gewissem, incerta obligatio eine Schuldverpflichtung von gegenwärtig noch ungewissem (nach Umständen sich bestimmendem) Wert, während wir heute unter unbestimmter Schuld eine Schuld mit gegenwärtig noch unbestimmtem Gegenstande verstehen (vgl. B.G.B. § 315 bis 319). — Der im Text gegebene technische Begriff des dare ist erst im Lauf der klassischen Zeit entwickelt worden, vgl. Erman, Zur Gesch. d. röm. Quittungen (1883) S. 21 ff. Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) S. 125 ff. und unten § 85 Anm. 3.

verpflichten zu Leistung und gleichwertiger Gegenleistung (so Kauf, Tausch, Miete, Sozietät). Hier ist wesentlich, dafs beide Teile versprechen. Beide Teile sind Hauptverpflichtete. Beide Forderungen erzeugen eine actio directa (Hauptklage) aus dem Kontrakt. Die anderen b. f. negotia sind für die Beteiligten ungleichmäfsig verpflichtende Verträge (sogenannte contractus bilaterales inaequales). Nur einer verspricht (z. B. der Kommodatar, der Depositar, der Beauftragte). Nur die eine Verpflichtung ist wesentliche Verpflichtung (Hauptverpflichtung): die Verpflichtung dessen, der verspricht. Nur die Forderung gegen diesen Hauptverpflichteten erzeugt die Hauptklage (actio directa) aus dem Kontrakt, z. B. die actio commodati directa. Der andere Teil (z. B. der Kommodant) hat nichts versprochen. Auch er ist verpflichtet, aber nur kraft der bona fides, nicht kraft Versprechens. Er ist nur Nebenverpflichteter. Gegen ihn geht aus dem Kontrakt nur eine actio contraria (eine Nebenklage). Er schuldet keine Gegenleistung, sondern nur Nebenleistungen, nämlich Ersatzleistungen (z. B. Ersatz von Auslagen), soweit die bona fides das erfordert. Aber auch dieser andere ist verpflichtet. Die b. f. negotia wirken stets als zweiseitig verpflichtende Schuldverträge. Auch wer nichts versprach, wird dennoch schuldig werden (wenngleich nur kraft actio contraria): er schuldet alles, was die bona fides mit sich bringt.

Die bonae fidei negotia verpflichten, ohne Rücksicht darauf, ob dergleichen ausdrücklich zugesagt wurde oder nicht, beide Teile:

1. zur Sorgfalt (diligentia), und zwar regelmäfsig zu omnis (oder summa) diligentia oder, wie es auch heifst, zur diligentia diligentis (oder, was dasselbe ist, diligentissimi) patrisfamilias, d. h. zu der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes, welche gleichbedeutend ist mit der „im Verkehr erforderlichen" Sorgfalt des B.G.B. § 276. Wird diese Sorgfalt versäumt (sogenannte culpa levis, Fahrlässigkeit)[2], so mufs dem anderen dafür Schadens-

---

[2] Die Fahrlässigkeit, welche als Diligenzversäumnis kontraktlich haftbar macht, kann also auch blofse culpa levis in non faciendo sein, während die sogenannte aquilische culpa, d. h. das Verschulden, welches deliktische Haftung begründet, eine culpa in faciendo sein mufs (vgl. § 85).

ersatz geleistet werden. Nur ausnahmsweise wird lediglich für vorsätzliche Schädigung (dolus) und für dem Vorsatz nahekommendes grobes Verschulden (culpa lata) gehaftet. Grundsatz ist: wer einen Vorteil vom Kontrakte hat (z. B. der Kommodatar), haftet für summa diligentia (culpa levis), wer aber keinen Vorteil hat (z. B. der Kommodant), haftet nur für dolus und culpa lata. Wer jedoch fremde Geschäfte besorgt (der Mandatar, der negotiorum gestor), soll immer für summa diligentia einstehen, auch wenn ihm keinerlei Vorteil durch die Geschäftsführung zukommt. Eine Sonderstellung nehmen die Fälle ein, in denen der Verpflichtete (so nach römischem Rechte der socius, der Vormund, der Teilhaber einer Vermögensgemeinschaft, der Ehemann in bezug auf die Dotalsachen) nur diligentia quam suis rebus adhibere solet schuldet, so dafs er nur bei Versäumung der ihm in seinen eignen Angelegenheiten üblichen Sorgfalt (sogenannte culpa in concreto) haftbar wird. Die Haftung für Vorsatz greift stets Platz und kann auch durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden: dolus semper praestatur[8].

[8] Der Text gibt das justinianische Recht wieder, welches dann durch Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland gemeinrechtliche Geltung gewann und für die entsprechenden Vorschriften des B.G.B. die Grundlage bildet. Die Entwickelung aber, welche zu diesen Rechtssätzen des Corpus juris geführt hat, ist erst durch die Darlegungen von Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 315 ff. klargestellt worden. Die Diligenzhaftung (also die Haftung für jedes Verschulden, auch für culpa levis in non faciendo) ist keineswegs von vornherein für die freien Kontrakte das grundlegende Prinzip gewesen. Das ursprüngliche ist vielmehr die Haftung nur für dolus. Die freien Kontraktsklagen ältester Art sind aus Deliktsklagen hervorgegangen. Sie machten geltend, dafs der Gegner nicht wie ein Ehrenmann gehandelt hat (oben S. 69 Anm. 12. 14). Daher die infamierende Wirkung der Verurteilung. Durch die actio famosa ist diese erste Schicht der bonae fidei negotia (und quasi negotia) noch im späteren Recht gekennzeichnet: Sozietät, Tutel, Mandat, Depositum (vgl. oben S. 208 Anm. 4). Blofse Versäumung der dem anderen geschuldeten Diligenz aber kann nicht ehrlos machen. Was für die actio depositi (directa) bekannt genug ist, galt auch von den anderen infamierenden freien Kontraktsklagen. Für Tutel und Sozietät hat Diligenzhaftung sich erst im Lauf der klassischen Zeit durchgesetzt; den Mandatar unterwarf wahrscheinlich erst Justinian (durch Interpolationen) der Diligenzpflicht; für den Depositar ist es bei der Dolushaftung (jedoch unter Gleichsetzung der culpa lata mit dem dolus) geblieben. Aber schon in den

2. zu vollem Schadensersatz für den Fall der verzögerten oder der ungenügenden oder der gar nicht erbrachten Erfüllung der Vertragspflicht.

Die Schadensersatzpflicht bildet den Hintergrund des gesamten Vermögensrechts: sie schützt das Privatrecht gegen Verletzung. Sie entspringt vornehmlich aus unerlaubter Handlung (Delikt, unten § 85. 86) einerseits, aus versäumter Kontraktserfüllung (der uns hier beschäftigende Fall) andererseits. Ihr

---

letzten Jahrhunderten der Republik ist eine zweite Schicht von freien Kontrakten aufgekommen, deren Verpflichtungskraft von vornherein nicht auf einem Delikt, sondern auf übernommener Sorgfaltpflicht beruhte. Dieser Art waren das Kommodat (unentgeltliche Leihe) und die auftragslose Geschäftsführung (negotiorum gestio). Hier war die Diligenzhaftung, also Haftung bis zur culpa levis in non faciendo, das durch die Natur des Verhältnisses gegebene, und diese jüngere Art ist für die sämtlichen übrigen bonae fidei negotia (Kauf, Miete usw), also für alle freien Kontraktsverhältnisse ohne actio famosa mafsgebend geworden. Dafs dann auch die Kontrakte mit actio famosa durch dies Vorbild beeinflufst wurden, ergibt sich schon aus dem vorigen. Die Dolushaftung ward ausdehnend ausgelegt: sie ward auf alles erstreckt, was der bona fides, der Art des anständigen Verkehrs zuwider ist (Mitteis S. 317 ff.). Insbesondere ward die Hintansetzung fremder Angelegenheiten (Versäumung der diligentia quam suis rebus adhibere solet) dem dolus gleichgesetzt. So ward die Dolushaftung des tutor und des socius zur Haftung auch für culpa in concreto. Umgekehrt ist dann (wahrscheinlich aber erst ganz spät) die Diligenzhaftung in einigen Fällen (für die Sachgemeinschaft und für den Ehemann in bezug auf Dotalsachen) auf die Haftung nur für diligentia quam suis ermäfsigt worden (Mitteis S. 331 ff.). Zuletzt ist der Begriff der culpa lata in das Kontraktsrecht aufgenommen und culpa lata dem dolus gleichgesetzt worden (Mitteis S. 333 ff.). Der Gedanke, dafs für alle freien Kontrakte grundsätzlich das gleiche gelten müsse, tritt schon in der hadrianischen Epoche auf: die Diligenzhaftung wird als Prinzip für alle bonae fidei contractus gefordert, in denen utriusque contrahentis commodum versatur (Africanus in l. 108 § 12 D. 30). Aber erst im Recht des Corpus juris ist die Ausgleichung der geschichtlich gegebenen Gegensätze völlig hergestellt: die im Stil des Deliktsrechts gehaltene blofse Dolushaftung ist für alle freien Kontrakte (da dem dolus zum mindesten die culpa lata gleichgesetzt ward) durch den der Art des Kontraktsrechts entsprechenden Grundsatz der Diligenzhaftung überwunden worden. Auch an dieser Stelle wird klar, dafs das Corpus juris Justinians keineswegs eine blofse Kompilation, sondern ein zielbewufstes, das ganze des römischen Privatrechts in neue, abschliefsende Gestalt bringendes Gesetzbuch von schöpferischer Kraft bedeutet.

Inhalt war nach älterem römischem Recht objektiv bestimmt: der gemeine Wert (vera rei aestimatio) war zu ersetzen, der Wert des Gegenstandes für jedermann (quanti ea res est im älteren Sinne). Das ausgebildete römische Recht läfst den objektiven Mafsstab nur noch ausnahmsweise gelten. Die Regel wird der subjektive Mafsstab: das Interesse ist zu ersetzen (quod interest, quanti ea res est im jüngeren Sinne), d. h. es ist der Wert des Gegenstandes für diesen Berechtigten zu erstatten. Die Verpflichtung zur Leistung des Interesses ist die Verpflichtung zu vollem Ersatze des konkreten Schadens[4]. In diesem Sinne haftet der Schuldner aus dem bonae fidei negotium im Falle nicht gehöriger Leistung auf das Interesse. Er hat allen Schaden (nicht blofs damnum emergens, den positiven Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn, lucrum cessans) zu ersetzen, der dem Gläubiger durch das Unterbleiben oder die Mangelhaftigkeit der Leistung im gegebenen Fall erwachsen ist. Voraussetzung ist jedoch das Dasein des Kausalzusammenhanges (der Schaden mufs durch das Unterbleiben gehöriger Leistung verursacht sein) und die Haftung des Schuldners für das Ausbleiben der Leistung: die Nichtleistung (bezw. die Mangelhaftigkeit der Leistung) mufs in einem Umstande beruhen, den der Schuldner zu vertreten hat. Über den Umfang des vom Schuldner zu Vertretenden entscheiden die soeben (unter 1.) dargelegten Rechtssätze von der Sorgfaltpflicht. In der Regel hat der Schuldner also dolus und culpa (levis) zu vertreten. Zufall, d. h. was ohne dolus und culpa levis des Schuldners sich ereignet (z. B. Verschulden des

[4] Die Höhe des Schadens zu ermitteln, kann dem Richter der Würderungseid oder Schätzungseid (jusjurandum in litem) des Geschädigten dienen. Das jusjurandum in litem spielt im römischen Recht seine Hauptrolle bei den actiones arbitrariae (oben S. 313): hier hat der Kläger dem ungehorsamen (contumax) Beklagten gegenüber das Recht auf das jusjurandum in litem, und zwar wenn der Beklagte arglistig die Naturalrestitution der Sache unmöglich gemacht hat (indem er sie z. B. vernichtete), sine ulla taxatione, d. h. ohne dafs der Richter, wie sonst regelmäfsig, ein Höchstmafs ansetzt. Vgl. l. 68 D. 6, 1; l. 5 D. 12, 3. Das eigentümliche Recht der actiones arbitrariae hat in Deutschland nie gegolten. Heute entscheidet das freie Ermessen des Richters über Gestattung des Schätzungseides, und zwar stets cum taxatione, Z.P.O. § 287.

Gläubigers), hat der Schuldner nicht zu vertreten: casus a nemine praestatur. Ist durch Zufall die Leistung unmöglich geworden (z. B. Untergang der dem Stück nach geschuldeten Sache), so wird der Schuldner frei (oben S. 461), bleibt aber im Zweifel zur Leistung des sogenannten stellvertretenden commodum verpflichtet, d. h. er hat die Rechtsvorteile herauszugeben, die ihm durch das befreiende Ereignis zugefallen sind; er mufs also z. B., wenn ein Dritter die Sache vernichtet oder gestohlen hatte, die ihm erwachsene Deliktsklage (actio legis Aquiliae, Diebstahlsklage) abtreten, vgl. l. 35 § 4 D. 18, 1, l. 14 pr. D. 47, 2 (B.G.B. § 281).

Der Umkreis des vom Schuldner zu Vertretenden wird verändert durch Verzug (mora). Annahmeverzug (mora accipiendi) ist der Verzug des Gläubigers, der die ihm ordnungsmäfsig angebotene geschuldete Leistung nicht entgegennimmt: der Schuldner wird nicht von der Leistung, aber von der vollen Sorgfaltpflicht befreit, er hat nur noch dolus und culpa lata zu vertreten; überdies mufs Gläubiger ihm die durch seinen Annahmeverzug verursachten Auslagen, z. B. die Kosten der ferneren Aufbewahrung, nicht aber auch sonstigen Schaden erstatten. Erfüllungsverzug (mora solvendi) ist der Verzug des Schuldners, der ohne rechtfertigenden Grund die Leistung nicht erbringt. Der in Verzug befindliche Schuldner haftet für vollen Ersatz des Verzugsschadens (z. B. Verzugszinsen) und hat während der Dauer seines Verzuges auch den casus zu vertreten (perpetuatur obligatio), es sei denn, dafs der schädigende Zufall auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre (dann fehlt es am Kausalzusammenhange zwischen dem Verzuge und dem Schaden). Nach dem B.G.B. sind die Verzugsfolgen noch strengere: bei gegenseitigen Verträgen hat Gläubiger nach vergeblicher Fristsetzung das Rücktrittsrecht (B.G.B. § 326). Erfüllungsverzug tritt aber nach römischem Recht nicht schon mit der Fälligkeit der Schuld (ex re), sondern erst durch die Mahnung (interpellatio) von seiten des Gläubigers (ex persona) ein, während es nach heutigem wie schon nach gemeinem Recht bei kalendermäfsig bestimmtem Fälligkeitstermin der Mahnung nicht bedarf: dies interpellat pro homine (B.G.B. § 284).

L. 32 pr. D. de usur. (22, 1) (Marcianus): Mora fieri intellegitur non ex re sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.

Die Rechtssätze von der Sorgfalt, vom Interesse, vom Verzuge sind vom römischen Rechte für die bonae fidei negotia (nicht für die stricti juris negotia, vgl. oben S. 312) entwickelt worden. Heute finden sie auf alle Schuldverhältnisse Anwendung, weil nach heutigem bürgerlichen Recht grundsätzlich alle Schuldverpflichtungen nach Treu und Glauben zu beurteilen sind (B.G.B. § 242): der Gegensatz von stricti juris und bonae fidei negotia im römischen Sinn ist unserem Recht unbekannt.

§ 76a.

Civilis und naturalis obligatio.

Das Forderungsrecht ist regelmäfsig klagbar (civilis obligatio), ausnahmsweise ist es unklagbar (naturalis obligatio). Die unklagbare Verpflichtung ist dennoch eine Rechtsverpflichtung (obligatio), wenn sie zwar nicht die Klagwirkung, aber doch anderweitige Rechtswirkung äufsert. Wesentlich ist der naturalis obligatio, dafs sie die soluti retentio mit sich führt. Hat der naturaliter (unklagbar) Verpflichtete freiwillig erfüllt, so liegt keine Schenkung vor, sondern Zahlung. Die condictio indebiti ist ausgeschlossen, auch wenn er in dem irrtümlichen Glauben, klagbar verpflichtet zu sein, gezahlt hatte. Auch das naturaliter Geschuldete ist ein debitum. Naturalis obligatio ist die klaglose aber zahlbare obligatio. Folgeweise kann die naturalis obligatio weitere Rechtswirkung haben. Sie kann eine genügende Grundlage für die Schuldverwandlung (Novation), für die Pfandbestellung und Bürgschaft, ja bei Zustimmung des Gegners auch für die Aufrechnung bilden usf. Das ist verschieden, je nach der Art des Einzelfalls. Die Hauptfälle im römischen Recht waren:

1. Die naturalis obligatio des servus aus seinen Kontrakten. Hier ist Zahlung, Bürgschaft, Pfandbestellung möglich (oben S. 186 Anm. 1); die Kontrakte zwischen dem servus und

seinem eigenen Herrn wirken auf die actio de peculio (unten § 88 I, 1)[1].

2. Kontrakte zwischen Personen, welche durch die gleiche hausherrliche Gewalt verbunden sind (des Bruders mit dem Bruder, des Hauskindes mit dem Vater, l. 38 D. 12, 6: Frater a fratre): die Schuld wirkt auf das peculium; Zahlung, Bürgschaft sind gültig.

3. Die naturalis obligatio pupilli: aus dem Kontrakt, welchen der impubes ohne tutoris auctoritas abgeschlossen hat, haftet er nicht (oben S. 252); trotzdem kann gültig gezahlt werden (von einem Dritten, auch vom pupillus selber mit tutoris auctoritas bezw. von ihm allein, wenn er voll geschäftsfähig geworden ist), Bürgschaft, Pfandbestellung, Novation sind gültig (unter denselben Voraussetzungen wie vorher). Vgl. l. 19 § 4 D. 39, 5; l. 127 D. 45, 1; l. 1 § 1 D. 46, 2. Soweit der pupillus durch den Kontrakt bereichert ist, besteht eine civilis obligatio, l. 5 pr. § 1 D. 26, 8.

4. Das ohne Willen des Vaters vom Hauskinde aufgenommene Gelddarlehn ist unklagbar (exceptio SCi Macedoniani, unten § 79 I a). Auch der Bürge hat die exceptio SCi, falls er Regreſs gegen das Hauskind zu nehmen berechtigt ist, l. 9 § 3 D. 14, 6, und auch gegen die Novationsstipulation des Hauskindes gilt die exceptio. Aber der Vater und ein Dritter kann zahlen, auch das Hauskind, sobald die väterliche Gewalt beendigt ist, l. 7 § 15. 16; l. 9 § 1. 4 eod.

5. Nach vollendeter Klagverjährung bleibt eine naturalis obligatio zurück: durch Klagverjährung wird nur die Klage entkräftet, nicht die Schuld aufgehoben.

Auch im B.G.B. (§§ 656. 762—764) begegnen sogenannte „unvollkommene" Schuldverbindlichkeiten, aber hier ist die Idee, daſs trotz Nichtbestehens einer Schuld doch das freiwillig Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann, weil das einer Anstandspflicht widersprechen würde (§ 814). Darum sind alle weiteren Wirkungen ausgeschlossen: es besteht kein An-

[1] Die naturalis obligatio servi scheint bei den Römern der Urfall der Naturalobligation gewesen zu sein: Gradenwitz, Natur und Sklave bei der nat. obl., in der Königsberger Festgabe für Schirmer, 1900.

spruch und darum keine Schuld. Mit der römischen naturalis obligatio läfst sich im Recht des B.G.B. nur der Fall der Anspruchsverjährung (§§ 222. 223) vergleichen.

II. Entstehung der Forderungsrechte.

§ 77.

Kontrakte und Delikte.

Die Obligation entsteht entweder durch Konsenserklärung (Kontrakt), d. h. kraft des Willens des Schuldners, oder durch Rechtswidrigkeit (Delikt), d. h. gegen den Willen des Schuldners.

Neben den Kontraktsobligationen stehen die Fälle der obligationes quasi ex contractu, welche aus kontraktsähnlichen Tatbeständen, — neben den Deliktsobligationen stehen die Fälle der obligationes quasi ex delicto, welche aus deliktsähnlichen Tatbeständen hervorgehen. Die klassischen Juristen unterscheiden nur die Kontrakts- und die Deliktsobligationen (Gaj. III, § 88: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto). Die beiden Kategorien der Quasikontrakts- und der Quasideliktsobligationen (§ 2 J. 3, 13) hat die byzantinische Jurisprudenz hinzugefügt.

A. Kontraktsobligationen.

§ 78.

Einleitung.

Da bei uns grundsätzlich alle Schuldverträge klagbar sind, so ist für das heutige Recht nur die Unterscheidung der Schuldverträge nach ihrem Inhalt von Bedeutung. Wir setzen den einseitig verpflichtenden die zweiseitig verpflichtenden Schuldverträge gegenüber und teilen die letzteren wiederum in zwei Gruppen, je nachdem durch sie beide Vertragsteile gleichmäfsig oder ungleichmäfsig verpflichtet werden (vgl. oben S. 465. 466). Anders bei den Römern. Hier steht im Vordergrunde des Kontraktssystems die Unterscheidung der Kontrakte nach dem Schuldgrunde. Das Wesen des Kontrakts bestimmt sich an erster Stelle nach der Tatsache, welche den Schuldvertrag klagbar macht.

Das römische Recht hat zu allen Zeiten daran festgehalten, dafs nicht jedes vertragsmäfsige Schuldversprechen rechtlich gültig und klagbar sei, dafs vielmehr ein bestimmter Rechtsgrund (causa civilis) hinzukommen müsse, um den obligatorischen Konsens für das Recht gültig und klagbar zu machen. Daher der engere Begriff des Ausdrucks contractus im römischen Sinn. Kontrakt ist den Römern nicht jede obligatorische Konsenserklärung, sondern nur der kraft Zivilrechts klagbare obligatorische Schuldvertrag.

Die Klagbarkeit des Schuldvertrags kann nach Zivilrecht begründet werden entweder re, d. h. dadurch, dafs zu dem obligatorischen Konsens eine Vermögenshingabe (res) hinzutritt, auf Grund deren nun die Rückgabe, bezw. Gegenleistung gefordert wird (Realkontrakte, unten § 79), oder verbis, d. h. dadurch, dafs der obligatorische Konsens in bestimmter Wortform, nämlich in Frage- und Antwortform erklärt wird (Verbalkontrakt, unten § 80), oder literis, d. h. dadurch, dafs der obligatorische Konsens durch Eintragung in das Hausbuch verlautbart wird (Literalkontrakt, unten § 81). Oder endlich: ausnahmsweise kann der obligatorische Konsens auch ohne weitere Voraussetzung nach Zivilrecht klagbar sein (sogenannte Konsensualkontrakte, unten § 82).

Aus dem Gesagten ergeben sich die vier Arten der Kontrakte, welche das römische Kontraktssystem ausmachen.

Die älteste Zeit war nicht so reich an Kontraktsformen gewesen.

Im altrömischen Recht steht im Vordergrunde das nexum, d. h. das rechtsförmliche Gelddarlehen, welches per aes et libram vor fünf Zeugen, unter Zuziehung eines libripens mit feierlichen Worten gegeben wurde (oben S. 56). Nach Einführung des gemünzten Geldes (oben S. 54) lag die wirkliche Darlehnszahlung aufserhalb des nexum. Aber die Form des nexum (das „imaginäre“ Darlehen durch zugewogenes Erz) mufste nach wie vor zu dem Geben des Geldes hinzutreten, um dem Geschäft zivilrechtliche Geltung zu verleihen. Doch scheint es, dafs das imaginäre nexum bald durch die leichter zu handhabende Form der inzwischen ausgebildeten stipulatio (oben S. 71) ersetzt ward. Dann ward endlich, noch zur Zeit der Republik, das form-

lose Darlehn (mutuum) zivilrechtlich anerkannt[1], ein Darlehn, welches lediglich durch darlehnsmäfsige Hingabe zustande kommt und nicht blofs als Gelddarlehn, sondern überhaupt als Darlehn vertretbarer Sachen (z. B. Getreidedarlehn) möglich ist, — ein nunmehr klagbar gewordener Realkontrakt im Stil des sich entwickelnden neuen Rechts (jus gentium), nur noch darin alte Erinnerungen bewahrend, dafs er als stricti juris negotium behandelt wurde: der Darlehnsschuldner war aus dem Realkontrakt nur genau zur Rückzahlung der empfangenen Summe verpflichtet, nie zu mehr (also z. B. nie zur Zinszahlung, vgl. unten § 80), nie zu weniger.

Neben dem nexum kam als andere Kontraktsform, mit ganz anderen Zwecken, die mancipatio (bezw. in jure cessio) fiduciae causa auf, aus welcher die actio fiduciae, eine actio bonae fidei, hervorging (oben S. 69). Wie die mancipatio fiduciae causa den Pfandkontrakt (oben S. 436), so konnte sie auch das Depositum (dem Freund ward die Sache fiduciae causa manzipiert), das Kommodat, überhaupt alle solche Kontrakte ersetzen, wo eine Sache hingegeben werden sollte unter Vorbehalt der Pflicht zur Rückgabe (z. B. Mandat, Miete): fiducia cum amico contracta (oben S. 68). In all diesen Fällen war nur das unbequem, dafs der Empfänger, welcher dem wirtschaftlichen Erfolg nach nicht Eigentümer, sondern nur Pfandgläubiger oder Depositar oder Kommodatar usw. sein sollte, doch durch die mancipatio formell zum Eigentümer gemacht werden mufste. Infolgedessen hatte der Hingebende immer nur ein persönliches Rückforderungsrecht gegen den ersten Empfänger oder dessen Erben (ein blofses Forderungsrecht), denn das Eigentum hatte er ja durch Manzipation aufgegeben. Wie nun anstatt der mancipatio zu Pfandzwecken später direkt die blofse Bestellung eines Pfandrechts als gültig anerkannt ward, so ward auch die blofse

[1] Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 261. 262. W. Stintzing, Beitr. zur röm. Rechtsgesch., S. 1 ff. Die Verpflichtung aus dem formlosen mutuum konnte vielleicht zunächst nur unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung des Gegners geltend gemacht werden (legis actio per condictionem); erst allmählich ward das mutuum als rechtsgeschäftlich verpflichtender Vorgang (pecunia credita) aufgefafst, Stintzing S. 11, vgl. oben S. 274 Anm. 7.

Hingabe (ohne Manzipation, also ohne Eigentumsübertragung) für genügend gehalten, um ein Forderungsrecht auf Rückgabe (des Kommodats, des Depositums) zu erzeugen. An Stelle der mancipatio fiduciae causa traten die „benannten" Realkontrakte (Kommodat, depositum, pignus), welche alle ihr ursprüngliches Wesen darin beibehalten haben, dafs sie bonae fidei negotia sind.

Nexum und mancipatio fiduciae causa waren der Urquell der Realkontrakte. Neben denselben ward die (aus der Prozefsbürgschaft hervorgegangene, oben S. 71) sponsio im Rechtsverkehr üblich. Da sie durch blofs verbale Handlung (Frage- und Antworthandlung: spondesne? spondeo) zustande kam, trat sie den Realkontrakten als der Verbalkontrakt des römischen Rechts (stipulatio) gegenüber.

Der Literalkontrakt ist, offensichtlich im Anschlufs an das Darlehn, verhältnismäfsig früh ausgebildet worden. Die Eintragung in das Hausbuch, dafs dem Gegner eine Summe ausgezahlt sei (expensilatio), ursprünglich nur dem Beweise dienend, ward zu einem selbständig wirksamen Verpflichtungsgrund. Wie mutuum und stipulatio, so erzeugt auch die expensilatio eine obligatio stricti juris: das Darlehn (nexum) und das Gelübde (sponsio) erscheinen als der Urquell der stricti juris negotia, wie die fiducia als der Ursprung der bonae fidei negotia.

Das Aufkommen der sogenannten Konsensualkontrakte, d. h. der Ausnahmsfälle, wo der blofse Konsens zur Verpflichtung genügt, hängt mit dem siegreichen Vordringen des jus gentium zusammen (oben S. 76 ff.). Das formlose Rechtsgeschäft fing naturgemäfs zuerst auf dem Gebiet des Obligationenrechts an, die ihm einwohnende Naturkraft geltend zu machen. Schon geraume Zeit vor Ende der Republik war für die wichtigsten Geschäfte des alltäglichen Verkehrs, Kauf, Miete, Sozietät, ihre Gültigkeit ohne Rücksicht auf die Form zum Durchbruch gekommen (vgl. oben S. 87).

Nach heutigem Recht kann grundsätzlich jede Schuldverpflichtung durch blofsen formlosen Konsens in gültiger und klagbarer Weise begründet werden. Das Prinzip der Konsensualkontrakte hat den Sieg über den Formalismus der alten Zeit davongetragen.

§ 79.
Realkontrakte.

Realkontrakte sind diejenigen Kontrakte, welche auf Grund einer Vermögenshingabe (res) klagbar sind (vgl. § 78).

Nach römischem Recht gibt es zwei Arten von Realkontrakten: sogenannte benannte (Nominatrealkontrakte) und unbenannte (Innominatrealkontrakte). Die benannten Realkontrakte sind Verträge auf Rückgabe, die unbenannten sind Verträge auf Gegengabe (eine andersartige Gegenleistung).

I. Benannte Realkontrakte sind:

a. Das mutuum (Darlehn). Es kommt zustande durch Übertragung einer Quantität von vertretbaren Sachen (oben S. 357) zu Eigentum, unter der Verpflichtung des Empfängers, die gleiche Quantität gleicher Qualität (tantundem ejusdem generis) zurückzuzahlen.

Voraussetzung des Darlehns ist grundsätzlich, dafs der Darlehnsgeber durch das Darlehnsgeschäft (dando) den Empfänger zum Eigentümer macht, dafs ex meo tuum fit (l. 2 § 2 D. 12, 1). Werden fremde Münzen gegeben, so dafs erst nachfolgende consumptio durch Verwendung (Ausgeben) oder Vermischung (oben S. 356) dem Empfänger den Darlehnswert verschafft, so entsteht kein Darlehnsanspruch, sondern nur ein Bereicherungsanspruch (condictio sine causa, sogenannte condictio de bene depensis, vgl. unten § 83 I a). Doch ward von den römischen Juristen anerkannt, dafs das dare durch anderweitige rechtsgeschäftliche Wertzuwendung ersetzt werde: so wenn auf Anweisung des Darlehnsgebers ein anderer (z. B. ein Schuldner des Darleihers) dem Empfänger die Summe auszahlt, oder wenn vereinbart wird, dafs der Schuldner das aus anderem Rechtsgrunde (z. B. Kauf oder Auftrag) Geschuldete fortan als Darlehn schulden soll, vgl. l. 15 D. 12, 1 (den älteren, engeren Standpunkt vertritt noch l. 34 pr. D. 17, 1.); B.G.B. § 607, 2. Dem letzteren Fall verwandt ist der sogenannte contractus mohatrae (das Wort ist arabischen Ursprungs): dem Darlehnsempfänger wird eine Sache zum Verkauf gegeben mit der Vereinbarung, dafs er den Erlös als Darlehn behalten soll.

Den Beweis der Hingabe des Darlehns hat der Gläubiger zu führen. Eine schriftliche Empfangsbescheinigung des Darlehnsschuldners erlangt nach spätkaiserlichem Recht Beweiskraft erst nach Ablauf einer gewissen (nach justinianischem Recht zweijährigen) Frist. Bis zum Ablauf der Frist kann der Schuldner durch einfachen Widerspruch (sogenannte exceptio non numeratae pecuniae) den Schuldschein entkräften bezw. durch querela non numeratae pecuniae den Schuldschein zurückfordern, mit Rücksicht darauf, dafs ganz gewöhnlich der Schuldschein vor Auszahlung des Darlehns hingegeben wird. Nach heutigem Recht ist die Beweiskraft eines Schuldscheins an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden (Einführungsgesetz zur Z.P.O. § 17).

Das Darlehn ist ein stricti juris negotium, die Darlehnsklage die condictio certi. Der Schuldner wird durch das Darlehn nur genau zur Rückgabe des empfangenen Kapitals, nicht zu mehr oder weniger, insbesondere nicht zur Leistung von Zinsen verpflichtet. Er schuldet (anders als heute) weder Verzugszinsen (falls der Schuldner trotz Mahnung des Gläubigers nicht rechtzeitig zahlt) noch vereinbarte Zinsen. Soll der Darlehnsschuldner auch Zinsen schuldig werden, so mufs aufser dem Darlehnskontrakt noch ein zweiter Kontrakt, nämlich ein Verbalkontrakt (die Zinsstipulation, unten S. 488), geschlossen werden. An diesen Sätzen hat das römische Recht für das Gelddarlehen (den eigentlichen Erben des alten nexum) strenge festgehalten. Für den Fall, dafs sonstige vertretbare Sachen (Getreide, Wein u. dgl.) zu Darlehn gegeben waren, läfst das spätere römische Recht die Begründung der Zinsverbindlichkeit durch formlosen Zinsvertrag (nudum pactum) zu. Heute ist auch das Darlehn ein freier Kontrakt (S. 471).

Das Gelddarlehn an Hauskinder ward (unter Vespasian) durch ein senatusconsultum Macedonianum verboten. Der Prätor gab in solchem Fall gegen die Darlehnsklage die exceptio senatusconsulti Macedoniani (vgl. S. 319). Anlafs zu dem Vorgehen der Staatsgewalt gab der Haussohn Macedo (daher der Name des Senatsbeschlusses), der, durch seine Darlehnsgläubiger bedrängt, seinen Vater umbrachte. Das römische Hauskind ist bis zu erlangter pubertas durch seine beschränkte Geschäftsfähigkeit geschützt (oben S. 252). Bis zu erreichter

major aetas steht ihm die in integrum restitutio zu (oben S. 343). Nach eingetretener Volljährigkeit (die römische patria potestas endigt nicht mit der Volljährigkeit des Kindes) soll ihm der Schutz des Senatsbeschlusses gegen das Gelddarlehn zuteil werden, in Hinblick darauf, dafs das Hauskind eigenes Aktivvermögen nicht haben kann (oben S. 200). Das Sc. findet keine Anwendung, wenn das Darlehn mit Willen des Vaters aufgenommen oder in den Nutzen des Vaters verwandt ist, ebenso wenn der Darlehnsgeber minderjährig ist (l. 11 § 7 D. 4, 4) oder entschuldbarer Weise die Eigenschaft des Empfängers als Hauskind nicht kannte. Aber auch soweit das Sc. Platz greift, bleibt eine naturalis obligatio (oben S. 472): nur der Zwang zur Erfüllung soll ausgeschlossen sein. Nach dem B.G.B. § 1626 gibt es keine volljährigen Hauskinder mehr; darum ist das Recht des Sc. heute verschwunden.

Mit der Zuwendung (dare) vertretbarer Sachen mufs die Übereinstimmung beider Teile über das Darlehnsgeschäft sich verbinden. Fehlt es an der Übereinstimmung (der Darlehnsempfänger glaubte z. B. das Darlehn von einem anderen als dem wirklichen Darlehnsgeber zu empfangen), so kann nicht mit Darlehnsklage auf Rückzahlung der Darlehnssumme, sondern nur mit condictio sine causa auf Rückerstattung der Bereicherung (sogenannte condictio Iuventiana, vgl. l. 32 D. 12, 1) geklagt werden (vgl. unten § 83 I).

Faenus nauticum (pecunia trajecticia)[1] ist das aus griechischer Verkehrsübung in das römische Recht herübergenommene Seedarlehn, d. h. das Darlehn zwecks überseeischer Geschäfte, bei welchem der Gläubiger die Gefahr des Seetransportes bezüglich des gegebenen Geldes bezw. der dafür angeschafften Waaren übernimmt (sein Rückforderungsrecht ist vom Transporterfolg abhängig). Das Geschäft ist ein gewagtes. Der Darleiher übernimmt die Seegefahr und fordert dafür in Form der „Seezinsen“ (usurae maritimae) eine Prämie. Für die Seezinsen galt keine Zinsgrenze, weil der „Zins“ kein echter Zins (kein Entgelt lediglich für die Kapitalgewährung) war. Erst Justinian bestimmte für die Seezinsen den Höchstbetrag von 12 Prozent

[1] Vgl. H. Sieveking, Das Seedarlehen des Altertums, 1893. Klingmüller in Pauly-Wissowa, Realenzykl. s. v. fenus.

(l. 26 § 2 C. 4, 32). Die Römer bringen auch das Seedarlehn unter den Begriff des mutuum (l. 6 D. 22, 2), liefsen aber doch, wohl unter Einflufs des griechischen Rechts, freiere Grundsätze zur Anwendung kommen: für das Zinsversprechen genügte, wie bei bonae fidei negotia, ein formloses pactum adjectum (pactum sine stipulatione, l. 5 § 1 D. 22, 2). Mit dem Seedarlehn konnte Verpfändung, z. B. des Schiffes, sich verbinden (vgl. l. 6 cit.), doch war solche Verpfändung weder wesentlich, noch übte das Schicksal des Pfandgegenstandes irgendwelche Wirkung auf die durch das Seedarlehn begründete persönliche Schuld. Der Seedarlehnsgläubiger trug nicht die Gefahr des Pfandes, sondern die Gefahr des Geldes bezw. der Waaren. Dadurch unterscheidet sich der Bodmereivertrag unseres heutigen Seerechts vom römischen Seedarlehn. Dem Bodmereivertrag (der auf mittelalterlich-germanischer Rechtsentwickelung beruht) ist die Verpfändung (von Schiff, Fracht, Ladung) wesentlich; er erzeugt blofs dingliche Haftung (mit dem Pfande); der Bodmereigläubiger trägt die Gefahr des Pfandobjekts.

b. Das commodatum (Leihvertrag) kommt zustande durch die Hingabe einer Sache zu bestimmtem, unentgeltlichem[8] Gebrauch (nicht zu Eigentum). Das Kommodat ist ein bonae fidei negotium. Beide Teile sind zu allem verpflichtet, was die bona fides mit sich bringt: an erster Stelle und auf jeden Fall schuldet dem Kommodanten (Verleiher) der Kommodatar (Entleiher), nämlich die Rückgabe der Sache. Kommodant hat die actio commodati directa (vgl. oben S. 466). Nur unter Umständen und daher nicht auf jeden Fall schuldet dem Kommodatar auch der Kommodant, z. B. wenn Kommodatar Auslagen gehabt hat, die als durch den eingeräumten Gebrauch nicht gedeckt anzusehen sind. Kommodatar hat die actio commodati contraria,

---

[8] Der Vertrag über entgeltliche Gebrauchsgewährung (ich „leihe“ z. B. ein Buch von der Leihbibliothek) bedeutet einen Mietvertrag (Sachmiete). Der Mietvertrag ist Konsensualkontrakt. Der Vermieter haftet für omnis diligentia (anders der Kommodant, vgl. den Text), was z. B. von Bedeutung wird, wenn der Mieter durch die gemietete Sache (etwa durch das gemietete Pferd) geschädigt ist. Kommodant würde nur haften (kraft actio commodati contraria), wenn er bei Verleihen einer ungeeigneten Sache in dolo oder culpa lata war.

überdies das Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Gegenansprüche. Auch ist verschieden, was die bona fides von dem einen und dem anderen fordert. Der Kommodatar ist an dem Kontrakt interessiert. Er hat den Nutzen von dem Geschäft. Daher haftet der Kommodatar, auch ohne es versprochen zu haben, für omnis diligentia (culpa levis, vgl. oben S. 467). Der Kommodant dagegen ist an dem Kontrakt nicht interessiert. Er hat nichts von dem Geschäft. Daher haftet er nur für dolus und culpa lata.

Das Kommodat gibt die Sache zu einem (der Zeit bezw. der Art nach) bestimmten Gebrauch. Dadurch unterscheidet sich im römischen Recht das commodatum vom precarium (d. h. von der Gebrauchsüberlassung auf beliebigen Widerruf). Das precarium begründete nach klassischem Recht kein Schuldverhältnis: es war kein bindender Vertrag geschlossen. Der Prekarist hatte darum regelmäfsig juristischen (selbstherrlichen) Besitz, aber dem precario dans gegenüber fehlerhaften Besitz, so dafs Prekarist possessorisch (interdictum de precario) zur Rückgabe verpflichtet war. Vgl. oben S. 411. Dem heutigen Recht ist diese Unterscheidung unbekannt. Unser Leihvertrag kann auch auf frei widerrufliche Gebrauchsüberlassung gehen (B.G.B. § 604, 3). Immer ist heute der Empfänger obligatorisch verpflichtet: er ist Besitzmittler für den Verleiher und haftet für omnis culpa (nicht blofs wie der Prekarist für dolus).

c. Das depositum (Verwahrungsvertrag) kommt zustande durch die Hingabe einer beweglichen Sache zu unentgeltlicher Aufbewahrung[8]. Das depositum ist ein bonae fidei

[8] Der Vertrag über entgeltliche Aufbewahrung (z. B. bei dem Portier auf dem Bahnhofe) bedeutet nach römischem Recht einen Werkmietvertrag (locatio conductio operis, unten § 82). Nach heutigem bürgerlichem Recht ist ein entgeltlicher Verwahrungsvertrag möglich. Unter diesen Gesichtspunkt fällt z. B. auch das Lagergeschäft des Handelsgesetzbuchs. — Wie das Kommodat so ist das depositum bei den Römern zunächst nur nach jus honorarium klagbar gewesen: der Prätor gab eine actio in factum concepta (Gaj. IV § 47). Dann sind die Kontrakte vom Zivilrecht rezipiert (vgl. oben S. 87): nunmehr gab es eine actio in jus concepta auf quidquid dare facere oportet (nach Zivilrecht) ex fide bona. — Die Klage (actio in factum) war zunächst als Deliktsklage gedacht. Daher noch im klassischen Recht die infamierende Wirkung der actio depositi directa (oben S. 208) und im Fall des depositum miserabile (d. h. des depositum

negotium. Beide Teile sind zu allem verpflichtet, was die bona fides mit sich bringt: an erster Stelle und auf jeden Fall haftet dem Deponenten (Hinterlegenden) der Depositar (der Empfänger des Depositums), nämlich für die Rückgabe der Sache. Deponent hat die actio depositi directa. Die actio depositi directa ist nach römischem Recht privilegiert: sofern sie auf Rückgabe geht, ist das Zurückbehaltungsrecht (z. B. wegen Auslagen), soweit sie auf Schadensersatz in Geld geht, ist das Aufrechnungsrecht (wegen einer Gegenforderung) ausgeschlossen (beides gilt nicht mehr nach B.G.B.). Nur unter Umständen und daher nicht auf jeden Fall haftet dem Depositar auch der Deponent. Depositar hat die actio depositi contraria, z. B. wenn er Auslagen auf die Sache gemacht hat. Auch hier ist verschieden, was die bona fides von dem einen und von dem anderen fordert. Der Depositar ist an dem Kontrakte nicht interessiert, er hat nichts von dem Geschäft. Er haftet infolgedessen nur für dolus und culpa lata. Der Deponent dagegen ist allerdings interessiert an dem Geschäft. Seinem Nutzen dient das Depositum. Darum haftet der Deponent dem Depositar für omnis diligentia (culpa levis) und für Ersatz der Auslagen. — Der Depositar ist Sequester, wenn ihm die Sache von mehreren zur Aufbewahrung gegeben ist, damit er sie einem, nämlich demjenigen Deponenten zurückgebe, zu dessen Gunsten eine bestimmte Bedingung (z. B. Sieg im Rechtsstreit) sich entscheidet, l. 6. 17 pr. D. 16, 3 (der Sieger hat die sequestraria actio depositi). Während Dauer der Sequestration schliefst der Sequester alle Deponenten von der Sache aus. Darum hat der Sequester nach römischem Recht juristischen Besitz, l. 17 § 1 D, 16, 3 (oben S. 405 Anm. 2).

Depositum irregulare ist die Hingabe vertretbarer Sachen zur Aufbewahrung zwecks Rückerstattung nicht derselben Stücke (wie beim regelmäfsigen depositum), sondern nur derselben Menge von derselben Art. Das depositum regulare (welches, z. B. bei „verschlossenem Depot", auch für vertretbare Sachen möglich ist) begründet eine Stückschuld, das depositum

---

bei dringender Not, z. B. Feuersbrunst) die Verurteilung auf das duplum, l. 1 §§ 1—4 D. 16, 3.

irregulare eine Gattungsschuld bezw. eine Geldschuld (vgl. oben S. 461). Das depositum regulare läfst nur den Besitz (Detention) übergehen, das depositum irregulare auch das Eigentum. Das (regelmäfsig verzinsliche) depositum irregulare, z. B. das Sparkassengeschäft, ist dem Darlehn verwandt, aber doch vom Darlehn zu unterscheiden. Es wird nicht gegeben zwecks Gewährung von Kredit, sondern zwecks Aufbewahrung. Es ist ein bonae fidei negotium nach Art des depositum. Darum ist von exceptio Sci Macedoniani und von exceptio non numeratae pecuniae beim depositum irregulare keine Rede. Bei Erfüllungsverzug werden Verzugszinsen geschuldet (überhaupt das Verzugsinteresse) und zur Begründung vertragsmäfsiger Zinspflicht genügt formlose Vereinbarung bei der Hingabe[4]. Auch heute ist das depositum irregulare kein Darlehen, obgleich es grundsätzlich unter dem Recht vom Darlehen steht, B.G.B. § 700.

d. Das pignus (Faustpfandkontrakt) kommt zustande durch Hingabe einer Sache zu Faustpfand. Der Gläubiger erwirbt an der Sache das dingliche Pfandrecht: insofern ist früher (§ 72) von dem pignus die Rede gewesen. Aber aufserdem erwirbt der Schuldner (der Verpfänder) durch Hingabe der Sache ein persönliches Forderungsrecht gegen den Empfänger, nämlich auf Rückgabe. Insofern handelt es sich um einen Pfandkontrakt, und in diesem Sinne ist hier von dem pignus die Rede. Auch das pignus ist ein bonae fidei negotium. Es verpflichtet beide Teile zu allem, was die bona fides mit sich bringt. An erster Stelle schuldet dem Pfandgeber der Pfandempfänger (der Gläubiger), nämlich die Rückgabe der Sache, sobald die Pfandschuld getilgt ist, bezw. die Rückgabe des erlösten Überschusses (hyperocha, oben S. 442); der Pfandgeber (der Schuldner) hat die actio pignoraticia directa. Nur unter Umständen haftet dem Pfandempfänger auch der Pfandgeber (z. B. für Ersatz von Auslagen); der Pfandempfänger hat die actio pignoraticia contraria. Er hat auch das Zurückbehaltungsrecht: nicht blofs wegen seines Gegenanspruchs aus dem Pfandkontrakt, sondern auch wegen anderweitiger Forderungen gegen denselben Schuldner (pignus Gordianum, oben S. 441). Am Pfandkontrakt sind beide

[4] Vgl. Mitteis in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 19, S. 209 ff.

Teile interessiert; der eine hat den Kredit, der andere die Sicherheit. Deshalb haften beide Teile für omnis diligentia. — Ist das Pfand blofses Vertragspfand (Hypothek), so finden die Rechtssätze vom Faustpfandkontrakt entsprechende Anwendung, sobald der Pfandgläubiger durch actio in rem hypothecaria sich den Besitz der Pfandsache verschafft hat.

II. Aufser den vorhin aufgeführten Realkonktrakten sind späterhin noch die sogenannten unbenannten Realkontrakte klagbar geworden. Es fand nämlich der Grundsatz Anwendung, dafs überall, wo Leistung gegen Gegenleistung vereinbart war, die Gegenleistung in dem Augenblick klagbar werden solle, wo der andere Teil seine Leistung bereits gemacht hatte. Dann ward also geklagt nicht auf Grund des Konsenses als solchen, sondern auf Grund der Tatsache, dafs zu dem Konsens eine Vermögenshingabe, eine Leistung (res) hinzugetreten war, also auf Grund eines Realkontrakts. Weil aber Leistung und Gegenleistung der verschiedensten Art sein konnte, entwickelte sich kein fester Name, welcher alle Fälle zusammengefafst hätte. Daher sprechen wir von unbenannten Realkontrakten (Innominatrealkontrakten).

Unter diesem Gesichtspunkt und in dieser Form ward der Tausch bei den Römern klagbar[5]. Im Corpus juris werden (von den Kompilatoren) je nach der Art von Leistung und Gegenleistung vier Kategorien unterschieden, welche durch die Formeln ausgedrückt werden: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Die Einteilung ist nicht klassisch; sie entstammt dem Schematisierungsbedürfnis der byzantinischen Jurisprudenz. Die Klage auf die Gegenleistung (auf Grund der geschehenen Vorleistung) heifst: actio praescriptis verbis (actio in factum civilis, vgl. S. 299 Anm. 1)[6].

[5] Ein anderes Beispiel eines Innominatrealkontraktes ist der Trödelvertrag (contractus aestimatorius). Eine Sache wird zum Verkaufe hingegeben unter Ansetzung eines Preises (rem aestimatam vendendam dare); der Empfänger ist verpflichtet, entweder die Sache oder den angesetzten Preis zurückzuleisten: etwaigen Mehrerlös behält er. Im Zweifel liegt eine Wahlschuld vor: die Preisleistung ist alternativ in obligatione, so dafs der Empfänger die Gefahr des zufälligen Unterganges der ihm übergebenen Sache (periculum rei) trägt, vgl. oben S. 462.

[6] Die innere Natur der benannten und der unbenannten Realkontrakte

Aber nicht blofs in den Fällen der unbenannten Realkontrakte kann praescriptis verbis geklagt werden. Vielmehr dient das praescriptis verbis agere überhaupt zur Ergänzung des Systems der Kontraktsklagen. Wenn die überlieferten (im Album des Prätors bereits proponierten) Klagformulare nicht ausreichen und doch das Dasein eines dare facere oportere ex bona fide gewifs ist, wird für den Einzelfall eine Formel zurecht gemacht (l. 6 § 1 C. 2, 4: quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat): im Eingang (praescriptio, vgl. S. 325), nämlich in der demonstratio (S. 307), wird die getroffene Abrede nach Mafsgabe des vorliegenden Tatbestandes („in factum") beschrieben, um daraus den Beklagten auf quidquid ob eam rem dare facere oportet ex bona fide (intentio juris civilis) verurteilen zu lassen. Das heifst

ist eine durchaus verschiedene. Die benannten Realkontrakte, aus nexum und fiducia hervorgegangen, beruhen auf der Hingabe mit Vorbehalt der Rückgabe. Die Beschränkung der Hingabe (nur zu Darlehen, Kommodat usw.) verpflichtet zur Rückgabe. Es wird wirklich re kontrahiert: in der Art der Hingabe (zu Darlehen usw.) ruht der Verpflichtungsgrund. Die Verpflichtung zur Rückgabe ist keine Verpflichtung zur Gegengabe, sondern nur Verpflichtung zur Innehaltung der Schranken der Hingabe. Ganz anders bei den unbenannten Realkontrakten. Diese bedeuten die Hingabe zum Zweck der Gegengabe (Tauschvertrag). Nicht in der Hingabe (res) als solcher (denn diese ist endgültig, ohne Vorbehalt gemacht: das Gegebene soll vertragsmäfsig nicht zurückgegeben werden), sondern in dem empfangenen Versprechen der Gegenleistung liegt der sachliche Verpflichtungsgrund. Die res (Hingabe) als solche gibt hier weder über den Grund noch über den Inhalt der empfängerischen Verpflichtung Aufschlufs. Die unbenannten Realkontrakte sind Verträge über den wechselseitigen Austausch von Leistungen, und deshalb ihrer Natur nach als Konsensualkontrakte veranlagt (das gegenseitige Versprechen bestimmt allein den Inhalt des Vertrags). Lediglich die Enge des positiven römischen Zivilrechts, welches den Konsens nur ausnahmsweise als klagbar anerkennt, hat diese Austauschverträge genötigt, die Form des Realkontrakts anzunehmen (erst auf Grund der Vorleistung, res, kann die Gegenleistung eingeklagt werden). Die benannten Realkontrakte dagegen stellen kraft ihres Wesens als Anvertrauungsverträge (Verträge auf Rückgabe) die echten, geborenen, unsterblichen Realkontrakte dar (die res ergibt den Grund und Inhalt der Verpflichtung). Sie sind darum noch heute Realkontrakte (Rückgabe kann nur auf Grund der Hingabe gefordert werden), während die unbenannten Realkontrakte (Verträge auf Gegengabe) im heutigen Recht, welches den Konsens grundsätzlich als klagbar anerkennt, kraft ihres Wesens zu Konsensualkontrakten geworden sind.

praescriptis verbis agere, und das ist also in allen Fällen möglich, in denen das Dasein einer Verpflichtung zweifellos, die juristische Natur des zugrunde liegenden Tatbestandes (die Unterordnung der vorliegenden Vereinbarung unter die überlieferten Vertragskategorien) aber zweifelhaft ist. So in den Fällen der unbenannten Realkontrakte: auf die Gegenleistung muſs praescriptis verbis geklagt werden, weil für diesen Kontraktstatbestand keine fertige Kategorie, keine bereits ausgebidete formula (wie für Darlehn, Depositum, Kauf usw.) da ist. Ebenso aber auch in all den anderen Fällen, in denen die fertigen Kategorien des Rechts zu eng sind für die unerschöpfliche Fülle des Rechtslebens[7].

pr. I. quib. mod. re contrahitur obl. (3, 14): Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appel-

[7] Beispiele für diese weitere Anwendung des praescriptis verbis agere sind: eine Sache ist zur Abschätzung (l. 1 § 2 D. 19, 5) oder zum Besehen (l. 23 eod.) übergeben worden; der Fall paſst weder unter das Depositum (nicht zur Aufbewahrung) noch unter das Kommodat (nicht zum Gebrauch); darum muſs praescriptis verbis geklagt werden. Oder: ist zweifelhaft, ob Miete vorliegt (l. 23 D. 10, 3) bezw. ob Sachmiete oder Werkmiete (l. 1 § 1 D. 19, 5), so ist praescriptis verbis zu klagen. Ebenso tritt das praescriptis verbis agere ein, wenn der Schenkgeber eine zu seinen Gunsten beredete Auflage (der Beschenkte sollte ihn z. B. alimentieren), oder derjenige, der auf Grund eines Vergleiches bereits leistete, die Gegenleistung des anderen einklagen will u. s. f. Vgl. auch den Trödelvertrag, oben Anm. 5. — Über die actio praescriptis verbis Pernice, Labeo, Bd. 3, S. 88 ff. und in der Zeitschr. d. Sav.-Stiftung, Bd. 9, S. 248 ff.; Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten (1887) S. 122 ff., dazu Lenel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 9, S. 181. Gradenwitz hat den Nachweis erbracht, daſs die „actio“ praescriptis verbis erst der byzantinischen Jurisprudenz ihren Ursprung verdankt und von den Kompilatoren durch Interpolation in das Corpus juris gebracht ist. Die klassischen römischen Juristen kennen keine „actio“ praescriptis verbis (das Wesen dieser Fälle ist ja gerade, daſs keine bereits fertige, individuelle Klage zuständig ist), sondern nur ein praescriptis verbis „agere“, d. h. eine allgemeine Klagform, die in den verschiedensten Fällen möglich ist.

latum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio.

§ 2 eod.: Item is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat. Namque non ita res datur, ut ejus fiat; et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu: nihilo minus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est . . . Commodata autem res tunc proprie intellegitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioquin, mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

L. 5 pr. D. de praescr. verb. (19, 5) (Paulus): Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi. Convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum. Ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus: aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias; aut facio, ut des; aut facio, ut facias.

§ 80.
Der Verbalkontrakt.

Der römische Verbalkontrakt ist die Stipulation: das stipulierte („erfragte") Versprechen. Die Stipulation kommt verbis, d. h. durch bestimmte Wortform zustande, nämlich durch die Frage- und Antwortform. Der Gläubiger fragt den Schuldner: spondesne mihi centum dare? Der Schuldner antwortet: spondeo. Diese Form der sponsio galt als eigentümlich römisch (als juris civilis) und konnte daher nur unter römischen Bürgern gebraucht werden [1]. Statt spondesne kann es jedoch auch heifsen: promittisne oder ähnlich (diese anderen Formen galten als juris gentium und konnten daher auch von Peregrinen

[1] Über den Ursprung der sponsio aus dem vadimonium s. oben S. 71. Über die Wortbedeutung von stipulari (erbitten, erfragen) Schlofsmann im Rhein. Museum f. Philologie Bd. 59 (1904) S. 346 ff.

gültig gebraucht werden). Nach Justinianischem Recht ist es gleichgültig, welche Worte gebraucht werden. Es genügt und ist notwendig, dafs der obligatorische Konsens durch Frage des Gläubigers und entsprechende Bejahung des Schuldners zu rechtsförmlichem Ausdruck gebracht werde. Dann ist um dieser Wortform willen der Kontrakt gültig und klagbar: die verba sind es, welche den Schuldner obligieren[2].

Mit diesem Wesen der Stipulation hängt es zusammen, dafs die Stipulation eine zweifache Aufgabe hat. Sie dient 1. der Begründung einer Schuld; 2. der Verwandlung einer Schuld.

I. Der Begründung einer Schuld dient die Stipulation, insofern sie den formlosen Schuldvertrag formalisiert. Der formlose Schuldvertrag ist nach römischem Kontraktsrecht (oben S. 474) als solcher klaglos. Der obligatorische Konsens wird klagbar, sobald er in die Form der Stipulation gekleidet ist. Durch das Mittel der Stipulation kann jeder Schuldvertrag zum Range eines Kontrakts erhoben werden. Beispiele dieser Art sind die Zinsstipulation, die Stipulation einer Konventionalstrafe, die Bürgschaft.

1. Die Zinsstipulation. Zinsen sind Kapitalprozente als Gegenwert für den Kapitalgebrauch. Das formlose Zinsversprechen des Darlehnsschuldners ist unklagbar (oben § 79). Soll bei Empfang eines Darlehns ein gültiges Zinsversprechen gegeben werden, so bedarf es neben dem Realkontrakt (mutuum) eines zweiten Kontrakts, des Verbalkontrakts der Stipulation.

---

[2] Unter dem Einflufs griechischen Rechts ist die Stipulation in der späteren Kaiserzeit tatsächlich zu einem schriftlichen Vertrage geworden, der nur noch gleichzeitige Gegenwart beider Parteien fordert. Nach dem Recht des Corpus juris genügt es in der Regel, dafs eine Urkunde (cautio) aufgenommen ist, welche ein Versprechen in Stipulationsform (Frage- und Antwortform, also unter gegenwärtigen Parteien) bescheinigt, vgl. unten § 81 Anm. 3. Auch der Schuldschein des Corpus juris ist für die Regel als solche cautio, d. h. als schriftliche Stipulation unter Angabe des Schuldgrundes (cautio discreta) zu denken (vgl. z. B. l. 40 D. 12, 1), so dafs die exceptio non numeratae pecuniae des spätkaiserlichen Rechts (oben S. 478) nicht als blofse Beweiseinrede (gegen die Beweiskraft des im Schuldschein enthaltenen Empfangsbekenntnisses), sondern zugleich als Einwand gegen die Verbindlichkeit des im Darlehnsschuldschein enthaltenen Stipulationsversprechens erscheint.

Der Gläubiger fragt den Schuldner: zahlst du mir monatlich so und so viel Zins? Der Schuldner bejaht die Frage. Dann ist der Schuldner zwar nicht re (denn aus dem Darlehnskontrakt kann er keine Zinsen schuldig werden), aber verbis zur Zahlung der Zinsen klagbar obligiert. Seit Ende der Republik (etwa seit Sulla) ward es, in Anschlufs an griechischen Verkehrsbrauch, auch bei den Römern üblich, den Zins monatlich zu zahlen und zu berechnen. So sind centesimae usurae (1% monatlich) 12% jährlich; semisses usurae (1/2% monatlich) 6% jährlich; trientes usurae (1/3% monatlich) 4% jährlich; besses usurae (2/3% monatlich) 8% jährlich. Die Zinsstipulation darf ein gewisses Mafs nicht überschreiten. Die römische Wuchergesetzgebung erscheint in der Form der Zinsgesetzgebung, d. h. der Bestimmung eines Höchstpreises für den Kapitalgebrauch. Die zwölf Tafeln hatten als Maximum das faenus unciarium angesetzt: 1/12 des Kapitals jährlich also 8 1/3 % für das damals gültige Jahr von zehn Monaten (10% für das zwölfmonatige Jahr). Um die Mitte des 4. Jahrhunderts v. Chr. glaubte die plebejische Bauernschaft, die Macht des Kapitals im Wege der Gesetzgebung niederbrechen zu können: 347 v. Chr. ward der gesetzlich zulässige Zinsfufs auf die Hälfte herabgesetzt (faenus semunciarium); dann ward durch die lex Genucia (342 v. Chr.) Zinsnehmen überhaupt verboten (bei Strafe). Als wenn das möglich gewesen wäre! Das Gesetz galt bis gegen Ende der Republik, aber natürlich nur in der Theorie. Als 89 v. Chr. der Prätor der Wucherstrafklage bedrängter Zinsschuldner Raum gab, ward er von den Gläubigern auf offenem Markt erschlagen. Ein Senatsbeschlufs von 51 v. Chr. hat dann Zinsen bis zu centesimae usurae (12%) gestattet. Dabei ist es während der Kaiserzeit geblieben, bis Justinian, dem inzwischen gesunkenen Geldwert entsprechend, den Höchstbetrag für die Regel auf semisses usurae, also 6%, ermäfsigte; Kaufleuten wurden 8% zugelassen[8]. Von Zinsen können nicht wieder Zinsen geschuldet werden (Verbot des Anatozismus). Soweit die Zinsstipulation das Zinsmafs überschreitet, ist sie nach justinianischem Recht nichtig. Rück-

[8] Über das Geschichtliche vgl. Billeter, Gesch. d. Zinsfufses im Altertum, 1898. Klingmüller bei Pauly-Wissowa s. v. fenus.

ständige Zinsen können nur bis zum Betrage der Hauptschuld (also nicht ultra alterum tantum) eingeklagt werden[4].

2. Die Stipulation einer Konventionalstrafe (Beredung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht ordnungsmäfsigen Erfüllung einer von den Parteien gewollten Verbindlichkeit) war im römischen Rechtsleben von grofser praktischer Bedeutung. Sie trat überall da ein, wo eine direkte Berechtigung von Zivilrechts wegen nicht begründet werden konnte und doch das Bedürfnis nach einer rechtlich sichergestellten Befugnis vorlag (vgl. z. B. S. 426). B.G.B. §§ 339 ff.

3. Die Bürgschaft (fidejussio) ist der Kontrakt, durch welchen man sich verpflichtet, mit der eignen Persönlichkeit (dem eignen Kredit) in eine fremde Verbindlichkeit als Nebenschuldner mit einzutreten[5]. Auch hier wäre ein formloses Ver-

[4] Die Kirche des Mittelalters erklärte jedes Zinsnehmen für Wucher: aber das gemeine Recht liefs das kanonische Zinsverbot bei seite und gestattete 5%. Die Gesetzgebung des neuen deutschen Reichs hat die Höhe der Vertragszinsen freigegeben. Die Wuchergesetzgebung erscheint nicht mehr in der Form der Zinsgesetzgebung (Preisfestsetzung ist nicht Sache des Gesetzgebers). Der Tatbestand des Wuchers besteht nicht mehr in der Überschreitung einer gewissen Zinsgrenze, sondern in der Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns, der Unerfahrenheit des anderen (relativer Wucherbegriff) sei es durch ein Geldgeschäft, sei es durch ein sonstiges Geschäft: das wucherische Geschäft ist nichtig (B.G.B. § 138, 2).

[5] Ursprünglich ist der Bürge der allein in Anspruch zu nehmende (so auch in dem bekannten Gedicht von Schiller). Der Bürge haftet anstatt des Hauptverpflichteten. Die älteste Bürgschaft ist Geiselschaft (er haftet mit seinem Leibe für den anderen). Für diese Urform der Bürgschaft ist die sponsio aufgekommen und mit ihr die römische Stipulation (oben S. 71). Indem der Hauptverpflichtete sodann sich selber als Bürgen einsetzt, wird er in eigner Person sponsor und mit ihm verpflichtet sich jetzt der Sponsionsbürge (sponsor im engeren Sinn). Zunächst wahrscheinlich als correus, also in einer einzigen korrealen sponsio (oben S. 454), vgl. Mitteis in der Festschrift für Bekker 1907, S. 119. 120. Darum kann noch nach klassischem Recht ein Sponsionsbürge nur bestellt werden, wenn auch der Hauptverpflichtete sponsor (Stipulationsschuldner) ist, Gaj. III § 119, obgleich schon in republikanischer Zeit der Sponsionsbürge nicht mehr als correus, sondern durch besondere sponsio als blofser Nebenschuldner sich verpflichtet (Idem tu quoque dare spondes?). Die sponsio war juris civilis. Der sponsor mufste also ein römischer Bürger sein. Darum ward für peregrinische Bürgen die Parallelform der fidepromissio ausgebildet, welche augenscheinlich dieselbe Entwickelung durch-

sprechen dieser Art nach Zivilrecht ungültig gewesen. Man gebrauchte daher die Form der Stipulatio: centum, quae Titius mihi debet, eadem fide tua esse jubes? Fide mea esse jubeo. Durch solche fidejussio wird der Bürge als Nebenschuldner mit dem Hauptschuldner verpflichtet (vgl. oben S. 460). Während der Bürge ursprünglich der allein Verhaftete, dann ein korreal (selbständig) Mitverhafteter war (Anm. 5), ist der fidejussor unserer Quellen nur noch ein nebenschuldnerisch (akzessorisch) Verhafteter. Die Schuld des fidejussor ist von dem Dasein der Hauptschuld abhängig. Der Fidejussionsbürge haftet für alles (idem), was vom Hauptschuldner gefordert werden kann: auch für Erweiterungen der Hauptschuld z. B. durch mora des Hauptschuldners. Auf mehr haften kann er nicht: die fidejussio in duriorem causam ist nichtig (l. 8 § 7 D. 46, 1). Aber noch nach

---

gemacht hat und noch im klassischen Recht als akzessorische Bürgenstipulation (idem fidepromittis?) unter wesentlich den gleichen Rechtssätzen steht wie die sponsio. Als jüngste Form der Bürgschaft ist dann die (gleichfalls dem jus gentium zugehörige) fidejussio aufgekommen. Das klassische Recht hat alle drei Bürgschaftsformen nebeneinander: sponsio, fidepromissio, fidejussio (Gaj. III § 115 ff.). Dem Corpus Juris ist nur noch die jüngste Form, die fidejussio (idem fide tua esse jubes?) bekannt. Die fidejussio enthält formell keine sponsio noch eine promissio, sondern allgemein den Willen (jussio), dafs auf den Kredit des Bürgen hin dem Hauptschuldner Kredit geschenkt werde. Fidejussio war daher für jede Schuldverbindlichkeit (auch z. B. für die Deliktsschuld) zulässig, während sponsio und fidepromissio nur für die Schuld aus dem Verbalkontrakt (Stipulation) möglich waren. Die Schuld des sponsor und fidepromissor war, da der Bürge ursprünglich mit seinem Leibe haftete, unvererblich und erlosch (nach der lex Furia de sponsu) in zwei Jahren; die Verpflichtung des fidejussor war dagegen vererblich und die Klage gegen ihn eine actio perpetua. Dieselbe lex Furia de sponsu (die jedoch nur für den sponsor und fidepromissor in Italia acceptus galt) bestimmte ferner, dafs unter mehreren Mitsponsoren und Mitfidepromissoren die Bürgschaftsschuld ipso jure nach Köpfen geteilt sei, ohne Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit der einzelnen. Mitfidejussoren hafteten dagegen immer jeder auf das Ganze. Erst Hadrian gab ihnen das beneficium divisionis, und zwar nur ope exceptionis (vgl. S. 459) und nur mit Rücksicht auf Belangbarkeit und Zahlungsfähigkeit (s. im Text). — Eine sorgfältige Untersuchung: Levy, Sponsio, fidepromissio, fidejussio (1906); gegen die hier entwickelte geschichtliche Grundanschauung aber Mitteis in der angeführten Festschrift (insbesondere S. 126 Anm. 1), dessen Ergebnisse im vorigen wiedergegeben sind.

klassischem Recht, ja noch nach dem Recht der Digesten und des Kodex haftet der Bürge in gleicher Linie mit dem Hauptschuldner: der Gläubiger kann sich nach seiner Wahl sofort an den Bürgen halten. Erst in Nov. 4 gab Justinian dem Bürgen das beneficium excussionis (auch b. ordinis genannt), d. h. das Recht, zu verlangen, dafs der belangbare (präsente) und zahlungsfähige (solvente) Hauptschuldner zuerst ausgeklagt werde. Mehrere Mitbürgen haben nach einer epistola divi Hadriani die exceptio divisionis, d. h. das Recht, zu verlangen, dafs der Gläubiger seine Forderung auf die präsenten und solventen Bürgen verteile (vgl. oben S. 459). Die Teilungseinrede hat das B.G.B. § 769 beseitigt, während die Einrede der Vorausklage dem Bürgen, falls er nicht „als Selbstschuldner“ sich verbürgt hat, noch heute zuständig ist (B.G.B. §§ 771—773).

Hat der Bürge gezahlt, so kann er vom Hauptschuldner Ersatz verlangen (Regrefsrecht des Bürgen) auf Grund des zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnisses. Der im Auftrag (auf Bitte) des Hauptschuldners eingetretene Bürge hat die actio mandati contraria (unten § 82, 4), der ohne Auftrag eingetretene die actio negotiorum gestorum contraria (unten § 83, III). Ist aber der Bürge unter Verzicht auf Ersatz (donandi animo) eingetreten, so hat er kein Regrefsrecht. Zur Geltendmachung seines Regrefsrechts kann dem Bürgen die Klage des Gläubigers dienen. Schon nach klassischem Recht hat der vom Gläubiger verklagte Bürge das beneficium cedendarum actionum (das er mittels exceptio geltend macht): er braucht nur zu zahlen, wenn der Gläubiger ihm seine Forderung gegen den Hauptschuldner abtritt (die Zahlung des Bürgen wird dann nicht als eigentliche Zahlung, durch welche ja das Recht des Gläubigers untergehen würde, sondern als Kauf der Forderung angesehen). Nach B.G.B. § 774 geht von Rechts wegen (es bedarf keiner Zession) die Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen über (bei Vollzahlung ganz, bei Teilzahlung zum entsprechenden Teil). Die erworbene Gläubigerforderung überhebt den Bürgen des Nachweises seines Regrefsrechts aus dem unterliegenden Verhältnis; aber der auf Regrefs in Anspruch genommene Hauptschuldner kann trotzdem seine Einwendungen aus diesem Verhältnis (dafs z. B. der Bürge

animo donandi sich verbürgt habe) geltend machen. Der Erwerb der Gläubigerklage bedeutet für den Bürgen nur eine Erleichterung seiner Klage, nicht eine sachliche Steigerung seiner Rechte.

Die fidejussio (die Bürgschaft in Stipulationsform) ist das echte Bürgschaftsgeschäft des Corpus Juris. Nur bürgschaftsähnlich sind das constitutum debiti alieni und das Kreditmandat (sogenanntes mandatum qualificatum). Constitutum debiti (vgl. D. 13, 5: de pecunia constituta) ist die formlose, vom Prätor klagbar gemachte Zusage, eine geschuldete Summe (nach justinianischem Recht: einen geschuldeten Gegenstand) zu leisten, vgl. unten § 84 II. War eine fremde Schuld konstituiert, so haftete der Konstituent akzessorisch (unter der Voraussetzung des Daseins der fremden Schuld), aber doch nicht, wie der fidejussor, nach Mafsgabe des fremden Schuldgrundes (Veränderungen der Hauptschuld wirken nicht auf die Konstitutsschuld), sondern lediglich nach Mafsgabe des Konstituts: es genügte darum, dafs die Hauptschuld zurzeit des Abschlusses des Konstituts bestand; Entkräftung der Hauptschuld durch Zeitablauf bezw. Verjährung kam wohl dem fidejussor, aber nicht dem Konstituenten zugute. Die Konstitutsschuld war also nicht, wie die des Bürgen, inhaltlich identisch mit der Hauptschuld. Während die Fidejussionsschuld der Korrealschuld verwandt ist (oben S. 459), steht die Konstitutsschuld zur Hauptschuld nur im Verhältnis unechter Solidarität: durch Leistung und nur durch Leistung ward mit der einen Schuld auch die andere erledigt (oben S. 452), vgl. l. 18 § 3 D. 13, 5. Ganz ähnlich wirkt das Kreditmandat, d. h. der Kreditgewährungsauftrag: auf Gefahr des Auftraggebers soll dem anderen Kredit gewährt (z. B. ein Darlehn gegeben) oder verlängert (das Darlehn gestundet) werden: periculo meo crede. Der Kreditmandant heifst mandator. Nach erfolgter Kreditgewährung haftet er bürgschaftsähnlich, sofern der Kreditgeber seinen Schaden, den er durch Ausführung des Auftrags erleidet (quod a Titio servare non potest) vermöge actio mandati contraria vom mandator ersetzt verlangen kann: das beneficium excussionis und das beneficium cedendarum actionum ist für den mandator selbstverständlich; mehrere Mandatoren haben das

beneficium divisionis. Aber der mandator haftet trotzdem nicht nach Bürgschaftsrecht sondern nach Auftragsrecht. Bis zur Kreditgewährung (Ausführung des Auftrags) kann er den Kreditauftrag wie jeden anderen Auftrag widerrufen. Vor allem, seine Schuld hat einen ganz anderen Inhalt als die Hauptschuld: er schuldet nicht Erfüllung der Darlehnsschuld, sondern Schadensersatz. Zwischen beiden Schuldverhältnissen besteht nur ein wirtschaftlicher Zusammenhang (unechte Solidarität): durch Zahlung des mandator wird der Darlehnsschuldner nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis frei (er bedarf der exceptio doli generalis), vgl. l. 28 D. 17, 1. Konstitut und Kreditmandat sind nur von bürgschaftsähnlicher Wirkung, wenngleich sie im justinianischen Recht (vgl. Nov. 4) als Nebenformen der Bürgschaft behandelt werden. Unserem Recht ist das Konstitut unbekannt, aber der Kreditauftrag (B.G.B. § 778) ist noch heute zwar der Bürgschaft verwandt, aber doch von der Bürgschaft zu unterscheiden: er ist im Zweifel bis zur Kreditgewährung widerruflich und bedarf dann keiner Schriftform (während das Versprechen des Bürgen heute schriftformbedürftig ist).

Die Bürgschaft ist eine Art der Interzession. Der Begriff der Interzession ist dadurch wichtig, dafs den Frauen nicht blofs die Verbürgung, sondern überhaupt die Interzession durch das senatusconsultum Vellejanum (46 n. Chr.) verboten worden ist. Interzession ist Übernahme einer Schuldhaftung in fremdem Interesse. Schuldzahlung ist keine Interzession (fremde Schulden zahlen darf die Frau). Die Interzession ist eine „kumulative“, wenn sie Haftung neben dem zunächst Verpflichteten begründet (Bürgschaft mit ihren Nebenformen, Verpfändung, Mitverpflichtung als Korrealschuldner). Sie ist eine „privative“, wenn sie den zunächst Verpflichteten befreit (Novationsstipulation, s. unten II). Sie ist sogenannte intercessio tacita, wenn die Verpflichtung in fremdem Interesse nach aufsen als Verpflichtung in eignem Interesse auftritt (das für den andern benötigte Darlehn nimmt die Frau formell als eignes Darlehn auf). Gegen die Wirkungen des Interzessionsgeschäfts wird die Frau geschützt durch exceptio Sci Vellejani (oben S. 319); es entsteht für sie, anders als im Fall des Sc. Macedonianum (S. 472), nicht einmal eine naturalis obligatio (l. 40

D. 12, 6). Dem Gläubiger wird im Fall privativer Interzession die Klage gegen den ursprünglich Verpflichteten restituiert (actio restitutoria); im Fall der intercessio tacita wird ihm eine Klage gegen den eigentlich Verpflichteten verliehen, „instituiert“, vgl. l. 8 § 14 D. 16, 1 (sogenannte actio institutoria). Das Sc. findet keine Anwendung, wenn die Frau für die Interzession etwas empfangen hat, wenn sie die Interzession nach Ablauf von zwei Jahren wiederholt hat, wenn der Gläubiger (z. B. bei intercessio tacita) in entschuldbarer Unkenntnis davon war, dafs die Frau interzediere. Justinian hat eine Formvorschrift hinzugefügt (er verlangt eine öffentliche von drei Zeugen unterschriebene Urkunde, sonst ist die Interzession ipso jure nichtig). Er hat überdies durch Nov. 134 c. 8 (daraus die Auth. Si qua mulier zu l. 22 C. 4, 29, vgl. oben S. 21) die Interzession der Ehefrau für ihren Mann schlechtweg für nichtig erklärt. — Im B.G.B. ist das Recht des Sc. sowie die Auth. Si qua mulier verschwunden: die Frau heute ist wie geschäftsfähig so auch interzessionsfähig gleich dem Mann.

II. Der Verwandlung (Novation) einer Schuld dient die Stipulation, wenn bereits eine Schuld vorliegt, aber doch ein Interesse vorhanden ist, durch Stipulation die Schuld zu „erneuern“. Dies Interesse kann in einem beabsichtigten Personenwechsel für die Schuld, es kann auch ohne die Absicht eines Personenwechsels gegeben sein. In beiden Fällen spricht man von „Novation“, d. h. von Umbildung einer Schuld in eine neue Stipulationsschuld.

1. Die Novation kann einen Personenwechsel herbeiführen: es soll ein anderer Gläubiger oder es soll ein anderer Schuldner eintreten. Jemand will z. B. für einen anderen zahlen und der Gläubiger ist bereit, diesen anderen als seinen Schuldner anzunehmen. Dann kann der Schuldner, selbst ohne dafs er es weifs, durch das Stipulationsversprechen (sogenannte expromissio) jenes Dritten von seiner Schuld befreit werden. Die Novationsstipulation hat die Schuld verwandelt: an die Stelle der Darlehnsschuld des A ist jetzt die Stipulationsschuld des B getreten. Gewöhnlich wird der bisherige Schuldner selber bei solchem Rechtsgeschäft beteiligt sein. Er wird etwa jemanden, der seinerseits ihm schuldig ist, anweisen (delegieren), dem Gläubiger durch

Stipulation zu versprechen (Passivdelegation). Umgekehrt kann die Person des Gläubigers wechseln, also die Stipulation zugunsten eines neu eintretenden Dritten lauten. Dann ist immer Anweisung (Delegation) seitens des bisherigen Gläubigers nötig, damit durch die neue Stipulation die alte Schuld aufgehoben werde (Aktivdelegation). Die Delegation ist die Anweisung zu einer Leistung (sei es durch dare oder durch promittere oder durch liberare) mit Personenwechsel[6]; in den beiden eben besprochenen Fällen geht die Delegation auf promittere und ist sie die Anweisung zu einer Stipulation mit Personenwechsel[7].

2. Aber auch ohne Personenwechsel kann die Novationsstipulation dem Interesse der Parteien dienstbar sein. Sie schafft auf alle Fälle einen neuen zweifellosen Schuldgrund (wenn z. B. das aus dem Kauf Geschuldete durch Stipulation versprochen wird). Sie kann insbesondere dazu gebraucht werden, die aus einem schon vorhandenen Schuldgrund hervorgehende Verbindlichkeit klar zu bestimmen.

---

[6] Die Leistung an den Dritten soll so gelten und wirken, als wäre sie dem Deleganten gemacht worden, z. B.: die 100, welche du mir schuldig bist, zahle dem X (Anweisung auf dare); oder die 100, welche du mir schuldig bist, versprich (durch Stipulation) dem X (Anweisung auf promittere); oder: zahle mir 100 dadurch, dafs du dem X die Schuld von 100 erlässest (Anweisung auf liberare).

[7] Die Delegation führt zu einer Novation also nur, wenn sie 1. auf promittere geht und wenn sie 2. auf Schuld gezogen ist. Auch das letztere ist nicht notwendig der Fall. Vielmehr kann die Delegation auch andere Zwecke haben, z. B. dafs dem Deleganten ein Darlehn gegeben werde (es wird auf Kredit gezogen) oder dafs ihm geschenkt werde. — Durch die Anweisung (Delegation) wirkt die Leistung des Angewiesenen (Delegaten) rechtlich, wie wenn der Angewiesene an den Anweisenden (Deleganten) und sodann der Anweisende an den Anweisungsempfänger (Delegatar) geleistet hätte. Also tatsächlich nur eine Leistung (des Delegaten an den Delegatar: dare, promittere usw.), aber rechtlich zwei Leistungsgeschäfte (z. B. zwei Schulderfüllungsgeschäfte): ein Leistungsgeschäft nach Mafsgabe des Deckungsverhältnisses (des Verhältnisses zwischen dem Delegaten und dem Deleganten: der Delegat ist dem Deleganten schuldig oder will ihm schenken usw.), ein zweites Leistungsgeschäft nach Mafsgabe des Valutaverhältnisses (des Verhältnisses zwischen Deleganten und Delegatar: Delegant ist dem Delegatar schuldig oder will ihm schenken usw.).

III. Die stipulatio ist ein stricti juris negotium, ein einseitig obligatorischer Kontrakt strengen Rechts. Es wird genau das Versprochene geschuldet, nicht mehr, nicht weniger. Es wird (wenn es nicht ausdrücklich zugesagt war) keine diligentia, keine Zahlung von Verzugszinsen, überhaupt kein Schadensersatz für irgend ein Interesse, sondern lediglich und genau das Versprochene geschuldet.

Die Klage aus der stipulatio certi ist eine condictio (eine unsubstantiierte, d. h. den Klaggrund verschweigende, actio stricti juris, in deren formula die Stipulation als Klaggrund also überall nicht genannt wird): die condictio certi, wenn das dare einer certa pecunia, die condictio triticaria, wenn das dare einer anderen certa res durch Stipulation versprochen war. Nur wenn die Stipulation auf ein incertum, d. h. auf ein facere (vgl. oben S. 464) ging, entsprang der Stipulation eine besondere Stipulationsklage, die actio ex stipulatu (eine substantiierte actio stricti juris), in deren formula die Stipulation als Grund der Klage auftrat[8].

[8] Die condictio nennt in ihrer formula nur das Klagebegehren (certa pecunia, certa res), nicht den Klaggrund (ob aus Darlehn, stipulatio oder sonst einem Rechtsgrunde geklagt wird), ist also unsubstantiiert (eine abstrakte Schuldklage auf ein certum, die aus den verschiedensten Gründen möglich ist, vgl. oben S. 274. 307). In allen Fällen, wo ein certum (certa pecunia oder certa res) durch Stipulation versprochen war, konnte also nur mit solcher unsubstantiierten Klage (condictio) geklagt werden, d. h. mit einer Allerweltsklage, die (in der formula) als Stipulationsklage gar nicht erkennbar war (möglich ist jedoch, dafs es für den Fall der Stipulation einer certa pecunia eine besondere, von der condictio certi zu unterscheidende actio certae creditae pecuniae gab, der ein Kreditgeschäft als Klaggrund wesentlich war, vgl. oben S. 274 Anm. 7). In den Fällen dagegen, wo ein incertum versprochen worden war, stand dem Kläger die actio ex stipulatu zu, eine substantiierte Klage, welche in der formula (demonstratio) die Stipulation als Klaggrund nannte (quod A.us de N.o incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem N.um A.o dare facere oportet, condemna). — L. 24 D. de reb. cred. (12, 1): Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia id persequi debet, per quam certum petitur. — Im Corpus juris erscheint eine condictio incerti (die also als abstrakte Schuldklage auf ein incertum zu denken wäre). Jedenfalls ist die condictio incerti erheblich jüngeren Ursprungs als die condictio certi; vielleicht ist sie erst, um des Systems willen (als Seitenstück zu der condictio certi), von den Kompi-

IV. Kausale und abstrakte Stipulation. Jedes Versprechen hat selbstverständlich einen wirtschaftlichen Zweck. Dieser wirtschaftliche Zweck ist Rechtszweck (causa), soferne er die rechtliche Beschaffenheit des Versprechens und damit die Voraussetzungen seiner Wirksamkeit bestimmt. Je nach seiner causa ist das Versprechen Schuldzahlungsversprechen (eine bereits bestehende Schuld, z. B. Darlehnsschuld, zu zahlen) oder Zinsversprechen oder Strafversprechen oder Bürgschaftsversprechen oder Schenkungsversprechen usf. Immer ergeben sich aus der causa gewisse Voraussetzungen, Schranken des Versprechens. Die Stipulation ist eine kausale (sogenannte cautio discreta), wenn sie die causa, also die konkrete („diskrete", d. h. individuell bestimmte) rechtliche Art des Versprechens in den Stipulationsworten zum Ausdruck bringt, wenn also die Stipulation z. B. sich als Schuldzahlungsversprechen kennzeichnet (quidquid ex vendito dare facere oportet oder quod te mihi illis kalendis dare oportet, oder decem quae mihi Titius debet, dare spondes?), ebenso wenn sie auf Zinsversprechen, Bürgschaftsversprechen, Dosbestellungsversprechen (centum dotis nomine dare spondes?) lautet usf. Das Forderungsrecht aus der kausalen Stipulation besteht, wie die verba ergeben, nur nach Mafsgabe der causa, also nach Mafsgabe der konkreten Beschaffenheit des Versprechens. Das stipulierte Schuldzahlungsversprechen wirkt nur soweit eine Schuld da ist, das Versprechen der Zinszahlung nur, wenn die Voraussetzungen der Zinsforderung erfüllt sind, das Dosbestellungsversprechen nur wenn die Ehe zustande kommt usf. Die kausale Stipulation bedeutet ein abhängiges, durch seine causa, d. h. durch seine konkrete rechtliche Beschaffenheit beschränktes Versprechen. Zur Klagbegründung gehört der Nachweis nicht blofs der Stipulationsform, sondern auch der aus der causa sich ergebenden Voraussetzungen, z. B.

---

latoren des Corpus juris geschaffen worden, vgl. Pernice, Labeo, Bd. 3, S. 203 ff.; Trampedach in der Zeitschrift d. Sav.-Stift., Bd. 17, 97 ff.; Pflüger, ebendas. Bd. 18, S. 75 ff.; v. Mayr, die condictio (1900) S. 180 ff. und in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 24, S. 258 ff. Bd. 25, S. 188 ff. Für die Ansicht, dafs die condictio incerti bereits dem klassischen Recht angehört, H. Krüger in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 21, S. 423 ff.; W. Stintzing, Beitr. zur röm. Rechtsgeschichte (1901), S. 20 ff.

des Daseins und Inhalts der früheren Schuld. Mangelt es an diesen Voraussetzungen, so ist der Stipulationsschuldner ipso jure frei.

Anders bei der abstrakten Stipulation. Die Stipulation ist abstrakt (sogenannte cautio indiscreta), wenn sie den Rechtszweck des Versprechens nicht angibt, wenn also die verba nur das Versprechen (centum dare, hominem Stichum dare), nicht auch die konkrete rechtliche Beschaffenheit des Versprechens (die causa) verlautbaren. Die abstrakte Stipulation enthält ein reines, von seiner konkreten rechtlichen Beschaffenheit befreites Versprechen, d. h. ein Versprechen, welches selbständig, unbeschränkt durch seine konkrete rechtliche Art (die causa), eine Schuld begründen soll. Hier gehört zur Klagbegründung nur der Nachweis der Stipulation. Der Schuldner ist schlechtweg verpflichtet. Die abstrakte Stipulation verschafft dem Gläubiger (ähnlich wie heute der Wechsel) allein durch die verba ein fertiges Forderungsrecht und damit eine gegenwärtige Bereicherung, ebenso wie die Zahlung[9]. Liegt ein Mangel in den durch die konkrete causa gegebenen Voraussetzungen vor, so dafs mit Rücksicht auf die unterliegende rechtliche Beschaffenheit des Versprechens die Bereicherung des Gläubigers als ungerechtfertigt erscheint, so ist doch die abstrakte Stipulation verbindlich. Nur dafs dem promissor in solchem Fall eine condictio (z. B. die condictio indebiti) auf Rückleistung der ungerechtfertigten Bereicherung zuständig ist (vgl. unten § 83 I), eine condictio auf Befreiung von der Stipulationsschuld durch Erlafsvertrag (acceptilatio), vgl. l. 1 D. 12, 7; l. 5 § 1 D. 19, 1; l. 15 C. 8, 40. Wie das indebite solutum, so kann das indebite promissum kondiziert werden. Und diesen Rückleistungsanspruch (die condictio) kann der Stipulationsschuldner auch dem klagenden Stipulanten mittels exceptio doli (generalis) entgegensetzen, so dafs dann doch auch die abstrakte Stipulation entkräftet wird (l. 5 § 1 cit.; l. 3 C. 4, 5), aber nicht unmittelbar nach Mafsgabe der causa, sondern nur

[9] Vgl. l. 31 § 1 D. 46, 2: cum eam stipulationem (certam rem dari) similem esse solutioni existimemus. v. Salpius, Novation und Delegation (1864), S. 174. 277.

mittelbar nach Maßgabe der Rechtssätze von der condictio (es genügt darum nicht, daß indebite promittiert war, es muß infolge Irrtums indebite promittiert sein, l. 24 D. 12, 6). Wie das indebite Gezahlte gezahlt ist (das Eigentum geht über), so ist das indebite durch abstrakte Stipulation Versprochene versprochen: darum bedarf es der condictio und darum ist condictio möglich (der Gegner ist bereichert). Durch entsprechende kausale Stipulation (Schuldzahlungsversprechen) ist im Fall des indebitum nichts versprochen: es bedarf keiner condictio, ja die condictio ist unmöglich, denn der Gegner ist überhaupt nicht bereichert, er hat ipso jure kein Forderungsrecht. Die Kraft der abstrakten Stipulation ist, eine Vermögenszuwendung nicht bloß zuzusagen (wie die kausale Stipulation), sondern gegenwärtig zu vollziehen (durch Zuwendung einer abstrakten Forderung). Die kausale Stipulation ist bloßes Verpflichtungsgeschäft, die abstrakte Stipulation ist mehr: sie ist zugleich Leistungsgeschäft.

Im römischen Rechtsleben ist der kausalen Stipulation weitaus die Hauptrolle zugefallen. Nicht bloß in den Fällen der Neubegründung einer Schuld (vgl. oben unter I), sondern auch in den Fällen der Novation sei es mit sei es ohne Personenwechsel[10]. Die römische Novation kann sein eine Novation durch abstraktes Stipulationsversprechen (dann ist die alte Schuld durch Leistung aufgehoben), aber sie war ganz regelmäßig eine Novation durch kausale Stipulation, durch Schuldzahlungsversprechen (quod tu mihi debes, quod Titius mihi debet), so daß der Inhalt der alten Schuld nicht durch Leistung erledigt, sondern in die neue Schuld unter Änderung nur des Schuldgrundes hinübergenommen wurde (prioris debiti in aliam obligationem translatio, l. 1 pr. D. 46, 2). In der späteren Kaiserzeit ward die Stipulation geradezu zu einer bloßen Schlußklausel, die dem materiellen Schuldvertrag hinzugefügt wurde, um den Schuldinhalt mit der Klagbarkeit einer Stipulationsschuld zu bekleiden (l. 7 § 12 D. 2, 14; l. 71 D. 17, 2),

[10] Vgl. v. Salpius in der soeben angeführten Schrift. R. Merkel, der römisch-rechtl. Begriff der novatio (1892). P. Kretschmar, Erfüllung, Bd. 1. S. 59 ff.

so dafs im justinianischen Recht auch die cautio indiscreta als blofse Schlufsklausel behandelt wurde: behauptete Beklagter ein indebite promissum, so mufste Kläger das zugrunde liegende anderweitige Schuldverhältnis dartun (vgl. die interpolierte l. 25 § 4 D. 22, 3 und l. 13 C. 4, 30): die abstrakte Stipulation war damit entwertet. Und doch bedarf der Verkehr des abstrakten, gegenwärtigen Wert schaffenden, Geld ersetzenden Versprechens! In der Form des Wechsels und der Banknote spielt es heute die gröfste Rolle. Auch das einfache (nicht in Wertpapierform erscheinende) abstrakte Schuldversprechen, dem das gemeine Recht im Anschlufs an das justinianische Recht von der cautio indiscreta die Gültigkeit versagt hatte, ist darum durch B.G.B. §§ 780—782 wieder in zweifelsfreie Kraft gesetzt worden.

V. Adstipulator ist, wer sich im Interesse des Gläubigers durch Stipulation mit versprechen läfst. Er hat das gleiche Forderungsrecht wie der eigentliche Gläubiger (es gelten darum die Rechtssätze von der Korrealität, vgl. oben S. 460), unterscheidet sich aber doch vom echten Korrealgläubiger dadurch, dafs er blofser Nebengläubiger zugunsten des anderen ist. Er hat formell alle Rechte eines Gläubigers, ist aber verpflichtet, diese Rechte nicht zu mifsbrauchen (vgl. unten § 85 Anm. 4) und das etwa Empfangene dem eigentlichen Gläubiger (oder dessen Erben) herauszugeben. Sachlich ist der adstipulator blofser Beauftragter des Gläubigers. Das Recht des adstipulator geht darum durch seinen Tod unter und wird dem Gewalthaber desselben nicht erworben (die adstipulatio des servus ist vielmehr ungültig, die adstipulatio des filiusfamilias ist nur für den Fall wirksam, dafs derselbe ohne capitis deminutio von der väterlichen Gewalt frei wird). Die adstipulatio wird z. B. gebraucht, um (der Sache nach) einen Stellvertreter zu haben, welcher selbständig gegen den Schuldner vorgehen kann, weil er formell nicht blofser Stellvertreter, sondern selber Gläubiger ist[11]. Oder sie wird gebraucht, um das im vorjustinianischen Recht bestehende Verbot der stipulatio post mortem (erst nach dem

[11] Namentlich im Handelsverkehr scheint diese Art von Stellvertretung bei den Römern häufig gewesen zu sein. Es gab solche, welche gewerbsmäfsig als Adstipulatoren dienten; M. Rümelin, Zur Geschichte der Stellvertretung (1886), S. 73; Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 738.

Tode des Stipulator, also erst an seine Erben soll geleistet werden) zu umgehen: der adstipulator liefs sich versprechen, dafs ihm nach dem Tode des anderen geleistet werden solle. Solche Stipulation war vollgültig. Lebte dann der adstipulator noch im Augenblick, wo der eigentliche Empfänger der Leistung starb, so klagte der adstipulator die Summe ein und überantwortete sie den Erben des Verstorbenen. In allen Fällen war der adstipulator formell (dem Schuldner gegenüber) Gläubiger, sachlich aber (dem eigentlichen Gläubiger gegenüber) blofser Mandatar.

Adpromissor ist, wer im Interesse des Schuldners durch Stipulation mit verspricht. Der Hauptfall der adpromissio ist die vorhin besprochene fidejussio.

pr. I de verb. obl. (3, 15): Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. Quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

§ 1 eod.: In hac re olim talia verba tradita fuerunt: SPONDES? SPONDEO. — PROMITTIS? PROMITTO. — FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO. — FIDEJUBES? FIDEJUBEO. — DABIS? DABO. — FACIES? FACIAM. Utrum autem latina, an graeca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguae habeat. Nec necesse est, eadem lingua utrumque uti, sed sufficit, congruenter ad interrogatum respondere; quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt, postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

13 I. de inut. stip. (3, 19): Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis, quam post mortem ejus, a quo stipulabatur . . . . Sed, cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

GAJ, Inst. III § 110: Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus. § 117: Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: [quod] stipulando nihil agimus. Adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui, si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati judicio heredi meo tenetur.

§ 81.
Der Literalkontrakt.

Wie heute der Kaufmann seine Handelsbücher, so führte in Rom jeder besser gestellte Bürger seine Hausbücher, und zwar insbesondere ein Kassabuch (codex accepti et expensi), d. h. ein Buch, in welches er seine Geldeinnahmen und Geldausgaben eintrug. Das Kassabuch hatte eine accepti pagina für Eintragung empfangener Einzahlungen (acceptilatio) und eine expensi pagina für Eintragung gemachter Auszahlungen (expensilatio).

Selbstverständlich waren die Eintragungen ursprünglich lediglich Eintragungen über wirklich gemachte Einnahmen und Ausgaben (nomina arcaria, Kassaposten). Sie hatten höchstens Beweiskraft, keinerlei Verpflichtungskraft. Rechtlich erheblich war nicht die Eintragung, sondern lediglich der anderweitige, aufserhalb des Buches liegende Tatbestand: die effektive Zahlung.

Neben den arkarischen Eintragungen über wirkliche Zahlungen sind dann andere Eintragungen über blofs fiktive Zahlungen (nomina transscripticia) aufgekommen. Diese nomina transscripticia bedeuten den römischen Literalkontrakt.

Die transskriptizische Eintragung hat ein bereits bestehendes kausales (eine bestimmte rechtliche Beschaffenheit an sich tragendes) Geldschuldverhältnis, z. B. eine Kaufgeldschuld, zur Voraussetzung. Es erfolgt eine fiktive acceptilatio, d. h. der Kaufgeldgläubiger trägt in sein Kassabuch die Kaufgeldsumme (deren Betrag bestimmt angegeben wird) als vom Schuldner gezahlt ein, obgleich in Wirklichkeit nichts gezahlt ist. Zugleich erfolgt eine fiktive expensilatio: dieselbe certa pecunia wird vom

Gläubiger als dem Schuldner ausgezahlt eingetragen, obgleich in Wirklichkeit nichts ausgezahlt ist. Es erfolgt also eine Doppeleintragung (während die arkarische Eintragung immer eine einfache Eintragung ist): eine acceptilatio, welche in eine expensilatio „umgeschrieben" wird. Daher der Name: nomen transscripticium. Die Kaufgeldschuld ist in eine fiktive „Darlehns"-schuld verwandelt, wie wenn der Schuldner gezahlt und der Gläubiger ihm die Summe als Darlehn zurückgegeben hätte. Aber es liegt keine Darlehnsschuld (keine durch Realkontrakt begründete obligatio), sondern eine Buchschuld vor, die lediglich auf der „umschreibungsmäfsigen" expensilatio beruht. Der Schuldner ist literis, durch die Buchschrift (Lastschrift) obligiert.

Solche Eintragung einer fiktiven Zahlung und Rückzahlung ist aber selbstverständlich nicht ohne gegnerischen Willen möglich. Während die arkarische Eintragung einer wirklichen Zahlung eine nicht rechtsgeschäftliche, rechtlich unerhebliche und darum der Zustimmung des Gegners nicht bedürfende Eintragung darstellt, fordert die transskriptizische Eintragung fiktiver Zahlungen einen Vertrag. Der Schuldner pflegt in sein Hausbuch die entsprechende Eintragung zu machen: dafs er vom Gläubiger empfangen habe (acceptum ferre oder referre). Notwendig ist diese schuldnerische Gegeneintragung nicht (sie ist unerheblich). Aber es ist notwendig und es genügt zugleich, dafs die gläubigerische Eintragung auf Grund schuldnerischen Willens (jussus) erfolgt ist. Die Zustimmungserklärung des Schuldners, die keiner Form bedarf, bringt den consensus zustande, welcher die Eintragung des Gläubigers mit verpflichtender Kraft bekleidet: der Schuldner haftet nicht durch die blofsen literae, sondern durch den Literalkontrakt[1].

[1] Der Text folgt den Ausführungen von Keller in Sells Jahrb. f. hist. u. dogm. Bearb. d. röm. Rechts, Bd. 1 (1841), S. 93 ff., und in seinen Institutionen (1861), S. 102 ff. Dazu Mitteis in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Rom. Abt., Bd. 19 (1898), S. 239 ff. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 746 ff. — Dafs aufser dem codex accepti et expensi noch andere Bücher geführt zu werden pflegten, ist zweifellos. So z. B. ein Kalendarium (liber kalendarii) über die auf Zins ausstehenden Forderungen (die Zinsen wurden regelmäfsig allmonatlich am Ersten gezahlt, daher die Bezeichnung Kalendarium), überhaupt Bücher, welche über den Stand des Vermögens Aufschlufs gaben; der codex accepti gab als solcher nur den Stand der

Der Literalkontrakt diente also ausschliefslich der Verwandlung einer Schuld in eine Buchschuld, nicht der Neubegründung von Schuldverhältnissen. Die Verwandlung aber konnte dienen 1. dem Personenwechsel (transscriptio a persona in personam) oder 2. nur dem Wechsel des Schuldgrundes (transscriptio a re in personam), wie bei der Stipulation (S. 495. 496).

Die Verpflichtung aus der Buchschuld war eine streng einseitige obligatio stricti juris. Die Klage war auch hier eine condictio (certi). Anders als die Stipulation aber, vermochte der Literalkontrakt niemals eine kausale (bestimmte rechtliche Art an sich tragende und dadurch inhaltlich beschränkte), sondern immer nur eine abstrakte (reine) Geldschuld hervorzubringen. Die Kaufgeldschuld war durch die „Umschreibung" (nomen transscripticium) in eine farblose Summenschuld verwandelt, denn die expensilatio verlautbarte nur die „Auszahlung", nicht ihren Rechtszweck. Das Kaufgeldschuldverhältnis war erledigt. Es ward ja als durch Zahlung getilgt gebucht. Der Literalkontrakt trug stets die Kraft nicht blofs eines Verpflichtungsgeschäfts, sondern eines Leistungsgeschäfts in sich: der Gläubiger war (für die Kaufschuld) befriedigt durch das abstrakte Summenversprechen.

Wie die Buchschuld nur durch Eintragung (expensilatio) entstehen, so konnte sie nach altem Recht nur durch Löschung (acceptilatio) getilgt werden (vgl. § 89 I). Die acceptilatio im Schuldbuche (literale Akzeptilation) war das Gegenstück der expensilatio: hier trug der Gläubiger die Summe wiederum als von dem Schuldner gezahlt, also als empfangen ein (acceptum ferre). Damit tilgte er literis die zuvor durch Literalkontrakt (expensilatio) begründete Schuld. Dafs wirklich die Summe vom Schuldner gezahlt war, ward damit nicht notwendig gesagt. Auch die literale acceptilatio ist die Bekundung eines Rechtsgeschäfts, einer Willenserklärung. Sie besagt die Befreiung

---

Kasse an. Der Eintragung in den codex accepti ging üblicherweise eine vorläufige Eintragung in die adversaria oder ephemeris (Kladde, Tagebuch) vorher. Aus dem Tagebuch wurden allmonatlich die betreffenden Einträge in den codex übertragen. Dazu H. H. Pflüger, Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo (1904) S. 103 ff.

des Schuldners von der Schuld, und sie bewirkt diese Befreiung durch den Löschungsakt (acceptilatio im Schuldbuche) als solchen, d. h. literis. So kann durch literale Akzeptilation auch ein Erlafsvertrag zustande kommen. Aber die befreiende Wirkung solcher Buch-Akzeptilation blieb auf die Buchschuld beschränkt. Nur die zuvor durch expensilatio erzeugte Schuld konnte durch solche acceptilatio aufgehoben werden. Andere Akzeptilationen im Kassabuch (codex accepti et expensi) haben nur bekundende, nicht rechtsgeschäftliche Bedeutung[2].

Im Lauf der Kaiserzeit ist der Literalkontrakt aufser Gebrauch gekommen und ward so die Stipulation die einzige Form für die Novation wie für die Klagbarmachung eines sonst klaglosen Konsenses[3].

---

[2] So war denn auch in dem Fall des nomen transscripticium nicht die acceptilatio (die Eintragung, dafs aus dem Kauf usw. gezahlt sei), sondern die expensilatio (das umgeschriebene nomen) der rechtsgeschäftliche Vorgang. Die Eintragung, dafs aus einem anderweitigen Rechtsgeschäft (Kauf u. dergl.) Zahlung empfangen sei, bedeutet als solche immer nur ein nomen arcarium, einen Kassaposten. Nur die acceptilatio, welche die Umschreibung einer expensilatio darstellt (auch hier könnte man von nomen transscripticium sprechen), bedeutet ein Rechtsgeschäft.

[3] Das griechische Recht hatte einen Literalkontrakt durch das Mittel des Schuldscheins (syngraphe, chirographum) ausgebildet. Die regelmäfsige Form war die der Bescheinigung eines fiktiven Darlehnsempfanges. Der Schuldner haftete aus dem von ihm ausgestellten Verpflichtungsschein als solchem (wie heute aus dem Wechsel). Darauf bezieht sich die Äufserung von Gajus III § 134: Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est. Infolge der Erstreckung des römischen Bürgerrechts und damit des römischen Zivilrechts auf das ganze Reich (durch Caracalla, oben S. 125) ging das griechische Recht von der syngraphe vor dem römischen Recht von der Stipulation zugrunde: ein abstraktes, durch sich selbst verpflichtendes Versprechen konnte jetzt auch im hellenischen Osten nur in Form der mündlichen Stipulation rechtsgültig abgegeben werden. Aber griechische Rechtssitte behauptete sich in dem immer stärkeren Nachdruck, welcher auf die schriftliche Urkunde über die Stipulation (cautio) gelegt wurde. Brachte der Kläger eine Stipulationsurkunde vor (in welcher bescheinigt war: stipulatus est Maevius, spopondi ego Lucius), so ward der mündliche Abschlufs der Stipulation von Rechts wegen vermutet und nach Justinianischem Recht nur der Gegenbeweis zugelassen, dafs ein Teil während des ganzen Tages orts-

Gaj. Inst. III § 128: Litteris obligatio fit veluti nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. § 129: A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis, mihi debeas, id expensum tibi tulero. § 130: A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

§ 131 eod.: Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur: in his enim rei, non litterarum obligatio consistit; quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem. Qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

§ 82.
Die Konsensualkontrakte.

In einzelnen Fällen ist nach römischem Zivilrecht ausnahmsweise der blofse obligatorische Konsens klagbar. Hier gilt also der Satz: consensu contrahitur. Vier solche Konsensualkontrakte hat das römische Zivilrecht anerkannt: Kauf, Miete, Sozietät, Mandat.

1. Der Kauf (emtio venditio) ist der Kontrakt, durch welchen der eine zur Leistung einer Ware (einer Sache oder sonst eines veräufserlichen Gegenstandes, z. B. eines Forderungsrechts), der andere zur Zahlung einer Geldsumme (des Preises) sich verpflichtet. Der Kontrakt ist gültig in dem Augenblick, in welchem beide Teile über Ware und Preis sich geeinigt haben; es be-

abwesend gewesen, d. h. dafs die Beobachtung der mündlichen Stipulationsform unmöglich gewesen sei. Es blieb also immer noch der Grundsatz aufrecht, dafs von Rechts wegen nicht die Urkunde (die litterae), sondern die Stipulation (die verba) den entscheidenden Verpflichtungsgrund bildete. Aber dieser Grundsatz ward in weitaus den meisten Fällen nur durch das Mittel der Fiktion gerettet. In Wahrheit hatte schon unter Justinian das römische Recht vom Verbalkontrakt vor der altherkömmlichen griechischen Rechtssitte des Vertragsschlusses durch die Schuldschrift den Rückzug angetreten. Vgl. die lehrreiche Darstellung bei Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östl. Provinzen des römischen Kaiserreichs (1891), S. 459 ff.

darf weder einer Form noch der Leistung von einer Seite: dadurch unterscheidet der Kauf sich nach römischem Recht vom Tausch (oben S. 484)[1]. Der Kauf ist ein bonae fidei negotium: beide Teile haften nicht blofs für das ausdrücklich Versprochene, sondern für alles, was die bona fides mit sich bringt. Der Kauf ist ferner ein gegenseitiger, beide Teile gleichmäfsig verpflichtender Schuldvertrag, d. h. ein Vertrag mit beiderseitigem Versprechen (Ware und Preis), vgl. oben S. 465. Leistung und Gegenleistung sollen gegeneinander ausgetauscht werden:

---

[1] Der sachliche Unterschied zwischen Kauf und Tausch (der letztere ist heute gleichfalls Konsensualkontrakt) besteht darin, dafs der Kauf für den einen Vertragsteil (den Käufer) eine Geldschuld, für den anderen Teil (den Verkäufer) eine Sachschuld hervorbringt, während der Tausch für beide Teile eine Sachschuld setzt. Die Geldschuld ist die Pflicht zur Leistung einer Geldsumme (einer Quantität Wert); sie unterscheidet sich von der Pflicht zur Leistung von Geldstücken, vgl. oben § 75. Also der Käufer schuldet nur eine Geldsumme, niemals Geldstücke. Wäre ausgemacht, dafs er bestimmte Arten von Geldstücken (Zwanzigmarkstücke oder bestimmte ausländische Geldstücke) zu leisten habe, so würde kein Kaufvertrag, sondern ein Tauschvertrag vorliegen. Umgekehrt: der Verkäufer schuldet niemals eine Geldsumme; wohl aber ist es möglich, dafs er Geldstücke schuldet. Es gibt einen Kauf von Geld, nämlich von Geldstücken (sei es von inländischen, sei es von ausländischen), aber niemals den Kauf einer Geldsumme. Aus dem Tausch können beide Teile Geldstücke schulden, aber kein Teil eine Geldsumme. Sind Geldstücke Gegenstand des Geschäfts, so kommt es also auf die Art der Gegenleistung an. Will ich ein Zwanzigmarkstück erwerben und verpflichte mich dagegen zur Leistung von zwanzig Mark Wert (d. i. zur Leistung der Summe von zwanzig Mark, die dann in Fünf-, Drei-, Zwei-, Einmarkstücken gezahlt werden kann), so kaufe ich das Zwanzigmarkstück. Soll ich dagegen verpflichtet sein, für das Zwanzigmarkstück zwanzig Einmarkstücke oder zehn Zweimarkstücke usw. zu liefern, ist also die Art der zu leistenden Geldstücke ausgemacht, so ist ein Tauschvertag abgeschlossen. Der gleiche Unterschied gilt natürlich, wenn ich beim Bankier Geld „wechsle". Das Geldwechselgeschäft ist im Zweifel ein Kaufgeschäft, d. h. der eine schuldet eine Geldsumme, der andere aber Geldstücke, z. B. Zwanzigfrankenstücke. Man sieht, wie wenig zutreffend es ist, beim Kauf von Umsatz der Ware „gegen Geld" zu sprechen, oder den Unterschied von Kauf und Tausch dahin zu bestimmen, dafs dort von der einen Seite „Geld" geleistet werde. Das Entscheidende ist, dafs der Kaufvertrag den Umsatz der Ware gegen eine Geldsumme (darin liegt das Wesen des Preises) bedeutet, dafs die Verpflichtung des Käufers eine Geldschuld ist.

Leistung und Gegenleistung haben im Zweifel (wenn nichts anderes ausgemacht ist) Zug um Zug, d. h. gleichzeitig zu erfolgen. Der Anspruch aus dem Kauf ist kein Anspruch auf Leistung schlechtweg, sondern ein Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung. Klagt der eine auf Leistung (z. B. der Käufer auf die Ware), ohne seinerseits die Gegenleistung gemacht zu haben, bezw. ohne seinerseits jetzt die Gegenleistung anzubieten, so hat der Verklagte die sogenannte exceptio non adimpleti contractus (er braucht im Zweifel nicht vorzuleisten, vgl. B.G.B. §§ 320—322).

Der Verkäufer hat gegen den Käufer die actio venditi. Er fordert damit vom Käufer (gegen die Ware) den Preis. Die Verpflichtung des Käufers ist eine obligatio dandi: er schuldet Verschaffung des Eigentums an der Geldsumme. Ist durch die Übergabe (Tradition) des Geldes das Eigentum dem Verkäufer nicht verschafft worden (der Käufer hatte fremdes Geld gegeben), so hat der Käufer nicht erfüllt (vgl. jedoch oben S. 356: Konsumption des Geldes durch den Verkäufer befreit den Käufer). Die Verpflichtung des Käufers ist eine obligatio bonae fidei. Sie geht nicht blofs auf certam pecuniam dare, sondern auf alles, was die bona fides mit sich bringt: der Käufer haftet auch für Verzugszinsen, überhaupt für allen Schaden, welcher dem Verkäufer durch vertragswidrige Verzögerung der Zahlung erwächst (das Verzugsinteresse).

Der Käufer hat gegen den Verkäufer die actio emti. Er fordert damit vom Verkäufer (gegen den Preis) die Ware. Die Verpflichtung des Verkäufers ist eine obligatio faciendi: er schuldet (bei Sachkauf) nach römischem Recht (anders heute nach dem B.G.B., vgl. unten) nicht rem dare, sondern nur rem tradere, d. h. er schuldet die Eigentumsübertragungshandlung, die Tradition: Besitzübergabe mit dem Willen der Eigentumsübergabe (darum ist der Kauf einer eignen, dem Käufer bereits gehörenden Sache ungültig: suae rei emptio non valet, l. 16 pr. D. 18, 1, dazu l. 34 § 4 eod.); aber der römische Verkäufer schuldet nicht den Eigentumsübertragungserfolg. Auch wenn Verkäufer nicht Eigentümer war und daher seiner Eigentumsübertragungshandlung der Erfolg mangelte (der Verkauf einer fremden Sache ist gültig, ausgenommen, wenn beide

Teile wissen, dafs die Sache gestohlen ist, l. 28. 34 § 3 D. 18, 1, der Verkäufer ist also in der Regel voll verpflichtet), hat Verkäufer nach römischem Recht erfüllt, und Käufer hat keine Klage wegen mangelnder Verschaffung des Eigentums, denn Verschaffung des Eigentums (dare) wird als solche nicht geschuldet. Aber Verkäufer schuldet nicht blofs rem tradere, sondern alles, was die bona fides mit sich bringt. Er hat daher auch für rem habere licere einzustehen, d. h. ihn trifft nicht blofs die Traditionspflicht, sondern auch die Gewährleistungspflicht wegen Rechtsmangels: die Haftung für Eviktion. Sobald dem Käufer infolge des mangelnden Eigentumsübertragungserfolges von einem Dritten (dem wahren Eigentümer) der Besitz entzogen wird (Eviktion), hat der Käufer die actio emti wegen Entwehrung auf Leistung des vollen Schadensersatzes (des Interesses, nicht auf Rückleistung des Kaufpreises als solchen). Das gleiche gilt, wenn Verkäufer zwar Eigentümer, aber nicht voll berechtigt war, und infolgedessen von einem Dritten (der z. B. ein Pfandrecht an der Sache hat) dem Käufer die Sache evinziert, d. h. der Besitz abgestritten wird[2]. Weil der Verkäufer nach römischem Recht nur rem tradere schuldet, steht ergänzend neben seiner Traditionspflicht diese seine Haftung für Eviktion (rem habere licere)[3].

[2] Den Eviktionsprozefs führt der Käufer; er hat dem Verkäufer den Prozefs anzuzeigen (litis denuntiatio), damit Verkäufer ihn im Rechtsstreit unterstütze (wenn die Unterstützung nutzlos ist, kann die Anzeige unterbleiben). Nach altem Recht mufste der Käufer seinen auctor stellen, damit dieser den Prozefs (die Verteidigung) übernehme, vgl. oben S. 55.

[3] Der Grund ist ein lediglich geschichtlicher. Das alte Recht kannte nur den feierlichen Manzipationskauf. Der formlose Kauf (z. B. einer res nec mancipi) war klaglos. Haftung des Verkäufers mufste durch Stipulation vermittelt werden. Der Verkäufer versprach durch Stipulation Gewährleistung (rem habere licere) bzw. eine Vertragsstrafe für den Fall der Eviktion (stipulatio duplae bzw. stipulatio simplae: Rückleistung des doppelten oder des einfachen Kaufpreises). Als der formlose Kauf klagbar wurde, erzeugte er eine Klage auf rem tradere und auf Abschlufs der Gewährschaftsstipulation, später unmittelbar (auch ohne Stipulation) auf rem tradere und auf rem habere licere. Ansätze, die Gewährschaftspflicht (Haftung für Eviktion) in eine Eigentumsverschaffungspflicht (ohne Rücksicht auf erfolgte Besitzentziehung) umzuwandeln, finden sich im römischen Recht, aber sie sind nicht durchgeführt. Vgl. Bechmann, Der Kauf.

Unser Recht ist über das römische Recht hinausgegangen. Der Verkäufer schuldet unmittelbar die Eigentumsverschaffung, rem dare (B.G.B. § 433) und zwar Verschaffung freien Eigentums (§ 434). Ist das nicht geleistet, so hat der Käufer den Erfüllungsanspruch (er kann sofort die Verschaffung freien Eigentums bezw. Schadensersatz verlangen und, sobald Verkäufer in Verzug gesetzt ist, die Verzugsfolgen geltend machen, z. B. vom Vertrage nach vergeblicher Fristsetzung zurücktreten, B.G.B. § 326). Er ist nicht auf den Eviktionsanspruch beschränkt, d. h. er braucht nicht zu warten, bis ihm infolge des Rechtsmangels durch einen Dritten die Sache abgestritten ist (nur im Fall des Fahrniskaufes sind die käuferischen Rechte in gewisser Richtung, nämlich sofern Schadensersatz gefordert wird, durch Eviktion bedingt, B.G.B. § 440).

Der Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Rechtsmangel steht zur Seite seine Gewährleistungspflicht für Sachmängel. Die Rechtssätze von der Sachmängelhaftung hat das römische Recht für den Stückkauf ausgebildet.

Es gibt zwei Arten des Kaufgeschäfts: Stückkauf (Spezieskauf) und Gattungskauf (Genuskauf), je nachdem der Kaufvertrag die gekaufte Ware dem Stück nach (individuell) oder nur der Art nach (generell) bestimmt. Ist der Sachkauf Stückkauf, so wird diese Sache geschuldet. Der Verkäufer hat erfüllt, wenn er diese Sache geleistet hat. Auch wenn die Sache Mängel hat, denn diese Sache war die gekaufte Sache. Die Kaufklage (actio emti) wegen eines Mangels ist ausgeschlossen, es sei denn, dafs Verkäufer in dolo war (arglistig hatte er den Mangel verschwiegen), oder dafs Verkäufer bestimmte Zusagen (dicta et promissa) gemacht hatte, die sich als unzutreffend erweisen. Wegen Arglist und wegen Mangels zugesagter Eigenschaften haftet Verkäufer nach Zivilrecht (actio emti), obschon er erfüllt (die gekaufte Sache geleistet) hat, denn er haftet nicht blofs auf rem tradere, sondern auf alles, was die bona fides mit sich bringt. Das honorarische Recht geht noch weiter. Die kurulischen Ädilen übten Marktpolizei und

---

Bd. I (1876) und insbesondere jetzt Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmangels, Bd. 1 (1902).

Marktgerichtsbarkeit. Auch sie edizierten, gleich dem Prätor, über die Handhabung ihrer Gewalt. Durch das ädilizische Edikt sind schlechtweg wegen Sachmangels Ansprüche gegeben worden. Die Ädilen haben (zunächst für den Kauf von Sklaven und Vieh; das ward dann auf andere Kaufgeschäfte erstreckt) neben der zivilrechtlichen Kaufklage (actio emti) besondere Mängelklagen, die sogenannten ädilizischen Klagen, geschaffen. Die eine ist die actio redhibitoria (Wandelungsklage) auf Auflösung des Kaufkontrakts und beiderseitige Rückleistung (Redhibition) des Empfangenen (verjährt in sex menses utiles nach Abschlufs des Kaufvertrags). Die andere ist die actio quanti minoris (Minderungsklage) auf Preisminderung nach Verhältnis der durch den Mangel bewirkten Wertminderung (verjährt in einem annus utilis). Vgl. oben S. 313—315. Die Klagen waren zunächst als Deliktsklagen auf Strafe (actiones poenales) gedacht. Daher bei der actio redhibitoria die Verurteilung auf das Doppelte (oben S. 314). Der Verkäufer, der den Mangel nicht angezeigt hatte, ward als schuldig behandelt. In der Praxis sind aber die Mängelansprüche zu Ansprüchen aus dem Kauf, d. h. zu kontraktlichen Ansprüchen geworden, indem von Verschulden des Verkäufers abgesehen ward und andererseits die Haftung auch auf die Erben des Verkäufers erstreckt wurde[4]. So sind im klassischen Recht die kurz verjährenden ädilizischen Mängelklagen wegen des Mangels als solchen zuständig, mag der Verkäufer ihn gekannt haben oder nicht, vorausgesetzt nur, dafs der Mangel ein erheblicher, dem Käufer unbekannter und ein heimlicher, nicht ohne weiteres in die Augen springender Mangel ist (B.G.B. § 460 drückt das dahin aus: der Mangel mufs dem Käufer ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein). Aber nur beim Stückkauf bedarf es dieser ädilizischen Mängelklagen, die den Verkäufer in Anspruch nehmen, obgleich er nach Zivilrecht erfüllt hat. Im Falle des Gattungskaufes bewirkt der Sachmangel, dafs Sachen der geschuldeten Art nicht geleistet sind (Mangel an der Güte ist Mangel an der Art). Verkäufer, der nicht in

---

[4] Über das Geschichtliche vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 1295 ff., Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 55. 109.

der bedungenen Güte leistete, hat nicht erfüllt. Käufer hat die Kaufklage, die zivilrechtliche, erst in 30 Jahren verjährende actio emti auf Erfüllung, nicht blofs, wie beim Stückkauf, eine Mängelklage trotz Erfüllung. Allerdings ist dieser Satz für das römische Recht streitig[5]. Das heutige Recht steht auf einem anderen Standpunkte: nach dem B.G.B. soll ein Mangel an der Güte, der die Art nicht ändert, von solchem Mangel, der die Art ändert, unterschieden werden (eine nicht selten schwierige Unterscheidung) und im ersteren Fall auch beim Gattungskauf eine blofse Mängelklage (auf Wandelung oder Minderung oder fehlerfreie Nachlieferung) mit kurzer Verjährungsfrist zuständig sein (B.G.B. § 480). Daneben steht die andere wichtige Änderung, dafs die Mängelansprüche des B.G.B. (§ 465) nicht mehr, wie im römischen und auch im bisherigen deutschen Recht, unmittelbar auf Ausführung von Wandelung und Minderung, sondern nur noch auf Zustimmung zu Wandelung und Minderung gerichtet sind (erst auf Grund dieser Zustimmung, also erst auf Grund eines Wandelungs- bezw. Minderungsvertrags, kann dann, und zwar mit dem ordentlichen, normal verjährenden Kaufanspruch, das tatsächliche redhibere bezw. verhältnismäfsige Preisrückzahlung verlangt werden).

Wie die Haftung für Sachmängel die käuferischen, so erweitert das Recht von der Gefahrtragung die verkäuferischen Rechte. Auch hier ist der Gegensatz von Stückkauf und Gattungskauf erheblich. Die gekaufte Sache ist im Falle des Gattungskaufes durch den Kaufvertrag noch nicht individuell bestimmt. Sie wird erst bestimmt werden durch die Leistung. Gehen vor der Leistung beim Schuldner (Verkäufer) Sachen der zu leistenden Gattung unter, so wird der Käufer davon nicht betroffen, denn diese Sachen (die 100 Sack Weizen, die der Verkäufer hatte, um sie zu leisten) waren nicht die geschuldeten (gekauften) Sachen. Beim Gattungskaufe trägt daher grundsätzlich der Verkäufer die Gefahr (bis zur Übergabe): er wird nicht befreit durch Sachverlust. Beim Stückkauf ist dagegen die gekaufte Sache vor der Leistung individuell bestimmt.

[5] Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten (9. Aufl.), Bd. 2, § 394 Anm. 19.

Geht diese Sache unter, so ist die geschuldete Sache untergegangen. Hat Verkäufer den Untergang dieser Sache nicht zu vertreten (casus), so wird Verkäufer frei. Es gilt der Satz: species perit ei cui debetur (S. 461). Der Käufer trägt die Gefahr, und zwar von dem Augenblick an, in dem emtio perfecta est, d. h. von dem Zeitpunkt an, in welchem der Kaufvertrag unbedingt[6] zustande gekommen und zugleich Preis und Gegenstand bestimmt[7] sind. Ja, der Verkäufer behält nach römischem Recht seine actio venditi auf den Preis, obgleich er durch den zufälligen Untergang der Sache von der Leistungspflicht seinerseits befreit ist: der Stückkäufer mufs zahlen, obgleich er nichts (oder eine verschlechterte Sache) empfängt. In diesem Sinne trägt nach römischem Rechte der Käufer beim Stückkauf von der „Perfektion", also regelmäfsig vom Abschlufs des Kaufvertrages an das periculum rei. In gleicher Weise aber kommt ihm auch zugute, was casu zur Ware hinzukommt (z. B. die gekaufte Stute wirft ein Füllen) bezw. sonstige Verbesserung, Preissteigerung der Ware: cujus periculum, ejus et commodum esse debet. (Das deutsche B.G.B. hat die Gefahrtragung beim Kauf abweichend

---

[6] Bei aufschiebend bedingtem Stückkaufe trägt der Käufer nach römischem Rechte während Schwebens der Bedingung die Gefahr der zufälligen Verschlechterung (er mufs nach Eintritt der Bedingung den vollen Preis zahlen), aber nicht die Gefahr des zufälligen Unterganges (geht der Gegenstand während Schwebens der Bedingung casu unter, so kommt der Kauf nicht wirksam zustande: auch der Käufer ist frei). Nach dem B.G.B. schiebt die Bedingung gleichfalls die Gefahrtragung des Untergangs für den Käufer hinaus, auch wenn die Sache während Schwebens der Bedingung übergeben war. Wegen zufälliger Verschlechterung pendente condicione hat Käufer den Mängelanspruch.

[7] Soll der Preis des gekauften Stückes erst durch Zumessen, Zuwägen, Zuzählen bestimmt werden (der Preis ist nicht für das Stück, sondern nur nach Mafs, Gewicht, Zahl vereinbart), oder soll der Gegenstand des Stückkaufes erst durch Zumessen, Zuwägen, Zuzählen aus einer vorhandenen Menge hergestellt werden (im letzteren Falle liegt Kauf eines sich erst künftig bestimmenden Stückes, einer res futura, vor), so wird der Kauf erst mit dem Zumessen usw. „perfekt", d. h. bis zum Zumessen usw. trägt Käufer weder die Gefahr der Verschlechterung, noch die des Unterganges (beide Teile werden frei). Vgl. L. 35 §§ 5—7 D. 18, 1. Nach dem B.G.B. ist ebenso zu entscheiden.

vom römischen Recht geordnet: auch beim Stückkauf trägt Käufer die Gefahr erst von der Übergabe an; vorher eintretender zufälliger Untergang der Ware befreit beide Teile; teilweiser zufälliger Untergang mindert den Preis; vgl. B.G.B. §§ 323. 446. 447).

Emtio rei speratae ist der Kauf einer erst künftig entstehenden oder sich bestimmenden Sache, z. B. der Kauf künftiger Früchte, der Kauf des Hasen, den der Jäger heute schiefsen wird. Hier ist das wirksame Zustandekommen (die Perfektion) des Kaufs durch die Entstehung bezw. die entsprechende Bestimmung der Sache bedingt (die „Bedingung" ist keine echte Bedingung, sondern eine condicio juris, eine aus dem Inhalt des Geschäfts sich notwendig ergebende Voraussetzung, oben S. 246). Bei Ausfall der Voraussetzung sind beide Teile frei (ob es auch auf Güte oder Menge der künftigen Sache ankommt, ist Frage des Einzelfalls). Anders geartet ist die emtio spei, der „Hoffnungskauf": es wird nicht eine künftige Sache gekauft, sondern eine gegenwärtige Aussicht (Chance), so z. B. bei Kauf der heutigen Jagdbeute, Kauf eines Lotterieloses. Die emtio spei wirkt unbedingt: der Preis wird schlechtweg geschuldet, auch wenn die Chance nichts ergibt. In der Gewährung der Möglichkeit höherwertiger Gegenleistung erschöpft sich die Verpflichtung des Verkäufers. Die emtio spei ist ein gewagtes Geschäft, kein echtes Kaufgeschäft (Chancen sind keine Waren), aber die Römer haben actio emti bezw. venditi gegeben, weil sonst dem formlos geschlossenen Geschäft die Klagbarkeit gefehlt hätte. Vgl. l. 8 pr. § 1 D. 18, 1. Heute sind die wichtigsten Fälle der emtio spei (Lotteriegeschäft und Ausspielgeschäft: Loskauf mit Verlosung eines Kapitals bezw. einer Sache) nach Art des Spielvertrags, nicht des Kaufvertrags geregelt (B.G.B. § 763).

Laesio enormis liegt vor, wenn unter dem halben Wert verkauft ist. Der Verkäufer hat (nach einem Reskript von Diokletian) dann das Recht, den Kauf rückgängig zu machen, falls der Käufer nicht den vollen Wert nachzahlt. Das B.G.B. hat diesen Rechtssatz nicht.

Der Kauf ist als solcher ein Kontrakt, d. h. ein obligatorischer Vertrag, also ein Vertrag, der zur Veräufserung

verpflichtet (Verpflichtungsvertrag), aber nicht ein Vertrag, der die Veräufserung bewirkt (Verfügungsvertrag). Der Kauf als solcher (der Konsens der Parteien über Leistung von Ware gegen Preis) überträgt das Eigentum nicht; er verpflichtet nur den Verkäufer zur Vornahme der Eigentumsübertragungshandlung (rem tradere). Eigentumserwerbsgrund ist nicht der Kauf, sondern die auf Grund des Kaufes erfolgende Tradition der gekauften Ware (oben S. 368). Zur Tradition mufs nach römischem Recht Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises hinzukommen (oben S. 369). Nicht mit dem Abschlufs. sondern erst mit der Erfüllung des Kaufvertrags geht das Eigentum über.

§ 3 I. de empt. et vend. (3, 23): Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque, si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae, aut arboribus turbine dejectis longe minor, aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet. Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

L. 1 D. de evict. (21, 2) (Ulpian.): Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem.

2. Die Miete ist nach römischem Recht entweder Sachmiete oder Dienstmiete oder Werkmiete.

Die Sachmiete (locatio conductio rei) ist der Vertrag über entgeltliche Sachgebrauchsüberlassung. Die Miete einer fruchttragenden Sache heifst Pacht (Teilpacht, colonia partiaria, liegt vor, wenn der Pächter als Pachtzins einen Teil des Fruchtertrags leistet). Der Mieter (Pächter) fordert mit actio conducti den zugesagten Gebrauch und die Instandhaltung der Sache; der Vermieter (Verpächter) mit actio locati die Zahlung des Mietpreises und die Rückgabe der Sache nach beendigtem

Gebrauch sowie Ersatz für jeden durch Verschulden des Mieters (culpa levis) verursachten Schaden. Zur Sicherung seiner Ansprüche auf Mietzins und Schadensersatz hat der Vermieter eines Grundstücks nach römischem und ebenso nach heutigem Recht (B.G.B. § 559—563) ein gesetzliches Pfandrecht an den in das Grundstück eingebrachten Sachen des Mieters (an den „invecta et illata“), der Verpächter ein gesetzliches Pfandrecht an den vom Grundstück gezogenen Früchten (nach römischem Recht nicht auch an den Invekten und Illaten, während B.G.B. § 585 dem Verpächter beide Pfandrechte gibt: an den Früchten und an den eingebrachten Sachen des Pächters). Der Vermieter (Verpächter) braucht nicht Eigentümer der Sache zu sein. Auch der Mieter (Pächter) kann vermieten, verpachten (Aftermieter, Afterpacht), nach B.G.B. § 549. 596, 1 aber nur mit Erlaubnis seines Vermieters (Verpächters). An den eingebrachten Sachen des Aftermieters hat nach römischem Recht der Aftervermieter Pfandrecht, der erste Vermieter ein Afterpfandrecht (subpignus, oben S. 444). Nach dem B.G.B. besteht nur das Pfandrecht des Aftervermieters.

Die Dienstmiete (locatio conductio operarum) ist der Vertrag über entgeltliche Leistung einer Arbeitsmenge (eines gewissen Mafses von Arbeitskraft), z. B. der Vertrag mit dem Dienstboten, mit dem Tagelöhner, mit dem Gesellen. Der Arbeitsherr hat die actio conducti; der Arbeitsleistende die actio locati. Gegenstand der Dienstmiete können nur operae illiberales sein, d. h. niedere Dienstleistungen, welche einen Preis haben, durch den Mietspreis bezahlt werden: ihre Leistung stellt eine Leistung von Vermögenswert, nicht (wie die Dienste des Mandatars, des Freundes, des Arztes, des Lehrers) eine unschätzbare Leistung dar.

Die Werkmiete (locatio conductio operis) ist der Vertrag über entgeltliche Leistung eines Arbeitserfolges, z. B. der Vertrag über Transport von Sachen (Frachtvertrag)[8] oder Per-

[8] Für den Seefrachtvertrag haben die Römer aus dem Seerecht der Insel Rhodus die lex Rhodia de jactu (D. 14, 2) übernommen: Der Schaden, welcher der Ladung (durch jactus, Seewurf) oder dem Schiff (z. B. durch Kappen von Masten) absichtlich zugefügt ist, um Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Seegefahr zu retten, wird auf Schiff und

sonen, der Vertrag über Ausbesserung, Bearbeitung, Verarbeitung von Sachen. Es genügt nicht, dafs eine gewisse Arbeitsmenge geleistet sei (z. B. dafs der Schneider stundenlang an der Ausbesserung gesessen habe); es mufs der zugesagte Erfolg hergestellt werden. In diesen Fällen ist der die Arbeit Versprechende selbst zugleich der Arbeitsherr (der Unternehmer): er hat dem anderen sich nicht unterzuordnen, noch seinen Weisungen in bezug auf das Arbeitsverfahren Folge zu leisten, sondern schuldet ihm lediglich die Herstellung des gewünschten Erfolges. Deshalb heifst der, welcher die Arbeit verspricht, hier conductor operis: er hat die Unternehmung (das opus) gemietet (er ist der Unternehmer anstatt des anderen, welchen das opus eigentlich angeht). Der, welcher den Arbeitserfolg empfängt, heifst locator operis: er hat die Unternehmung abgegeben an den anderen. Die Klage des Arbeitsempfängers heifst hier daher actio locati, die Klage des Arbeitsleistenden actio conducti[9].

Ladung verteilt. Nach römischem Recht besorgt der Schiffer die Schadensverteilung. Er hat die actio conducti auf verhältnismäfsige Ersatzleistung gegen die Befrachter, deren Waren gerettet sind; gegen ihn geht die actio locati der geschädigten Befrachter auf verhältnismäfsigen Ersatz. Heute gelten die Rechtssätze von der grofsen oder gemeinschaftlichen Haverei (H.G.B. §§ 700 ff.). Die Schadensverteilung (Dispache) geschieht durch amtlich bestellte Dispacheure (H.G.B. §§ 727 ff.); die Auszahlung der Beträge vermittelt der Reeder (H.G.B. §§ 730. 731). — Der Frachtvertrag ist locatio conductio operis irregularis (Summenfrachtvertrag), wenn vertretbare Sachen zum Transport übergeben werden, mit der Beredung, dafs nicht dieselben Stücke, sondern nur die gleiche Menge gleicher Art und Güte zurückzugeben ist. Der Verfrachter wird Eigentümer. Die actio locati des Befrachters heifst hier actio oneris aversi. Vgl. l. 31 D. 19, 2.

[9] Wörtlich heifst locare: plazieren, unterbringen (die zu vermietende Sache, die Arbeitskraft, das Unternehmen); conducere: zusammenbringen (der Ausdruck scheint bei der Dienstmiete aufgekommen zu sein: Zusammenbringen der nötigen Arbeitskräfte). Vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miete (1867), S. 133 ff.; Mommsen in der Zeitschr. d. Savigny-Stift., Bd. 6, S. 263 ff. Auf die Bedeutung der publizistischen (vom Magistrat im Namen der Gemeinde geschlossenen) Mietverträge für die Ausbildung des privaten Mietrechts hat zuerst Degenkolb a. a. O. S. 127 ff. hingewiesen: Mommsen, der a. a. O, dieser Anschauung beigetreten ist, behauptet gleiche publizistische Ausgangspunkte auch für das Recht der emtio venditio.

In allen Fällen ist die Miete ein bonae fidei negotium. Beide Teile schulden omnis diligentia und überhaupt alles, was die bona fides nach Mafsgabe der Umstände mit sich bringt. Dazu gehört nach römischem Recht auch, dafs der Verpächter dem Pächter in schlechten Jahren einen verhältnismäfsigen Nachlafs am Pachtzinse zu gewähren hat (sogenannte remissio), sowie umgekehrt, dafs der Pächter, welcher nachher durch reichliche Ernte entschädigt wird, nachträglich den remittierten Pachtzins nachzuzahlen verpflichtet ist. Das B.G.B. hat diese Rechtssätze von der remissio nicht. Der Pächter hat vielmehr den Zufall, welcher die Fruchtgewinnung als solche trifft (z. B. Hagelschlag), zu tragen. Nur der Zufall, welcher den Pachtgegenstand selbst trifft, so dafs durch seinen Zustand (z. B. Überschwemmung) die vertragsmäfsige Fruchtgewinnung beeinträchtigt ist, befreit in entsprechendem Mafs den Pächter von der Pachtzinszahlung, weil Verpächter die Gefahr der Sache trägt (vgl. das Folgende).

Der Kaufpreis ist grundsätzlich (vgl. oben) Zug um Zug zu leisten, dagegen der Mietpreis grundsätzlich erst nach empfangener Leistung des anderen Teils („postnumerando"). Die bona fides verlangt beim Kauf im Zweifel gleichzeitige Leistung beider Teile, bei der Miete aber die Vorausleistung dessen, welcher den Gebrauch der Sache, die Arbeit, das Werk zu gewähren schuldig ist. Es hängt damit zusammen, dafs beim Mietvertrag (Pachtvertrag) der Vermieter die Gefahr der Sache trägt. Geht die gemietete Sache vor gemachtem Gebrauch unter (oder wird der zugesagte Gebrauch durch Verschlechterung der Sache unmöglich), so ist der Mieter (Pächter), soweit ihm der Gebrauch entgeht, von der Zahlung des Mietzinses frei.

Im B.G.B. ist der Begriff der Miete ein engerer als im römischen Recht. An Stelle der Dienstmiete steht der Dienstvertrag (der nicht blofs auf operae illiberales, sondern auf Dienstleistung jeglicher Art gerichtet sein kann), an Stelle der Werkmiete der Werkvertrag. Miete ist nach dem B G.B. nur noch die Sachmiete, und zwar nur die auf blofse Gebrauchsüberlassung gerichtete Sachmiete (z. B. Wohnungsmiete, Miete eines Buchs von der Leihbibliothek). Pacht ist der Vertrag

über entgeltliche Nutzung (Gebrauch und Fruchtziehung) einer fruchttragenden Sache (z. B. eines Landguts) bezw. eines fruchttragenden Rechts (z. B. einer Aktie). Eine wesentliche sachliche Neuerung ist, dafs im B.G.B. die Mietverpflichtung des Vermieters (Verpächters) eine gewisse Wirkung auf das dem Vermieter (Verpächter) zuständige Eigentum ausübt. Nach römischem Recht gilt der Satz: Kauf bricht Miete. Veräufsert Vermieter die Mietsache, so bleibt er verpflichtet, eventuell zum Schadensersatz (insofern wird die Miete nicht gebrochen), aber sein Sondernachfolger, der neue Eigentümer, ist an den Mietvertrag wie überhaupt an die obligatorischen Verpflichtungen seines Rechtsvorgängers nicht gebunden: er braucht den Mieter nicht im Mietgenufs der Sache zu lassen. Das ist jetzt anders. Ist ein Grundstück vom Eigentümer vermietet und dem Mieter bereits überlassen, so tritt im Fall der Veräufserung der Erwerber für die Dauer seines Eigentums in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrage ein (B.G.B. §§ 571 ff.). Der Mietvertrag bindet nicht blofs den Erben (Gesamtnachfolger), sondern auch den Sondernachfolger des Vermieters: Kauf bricht nicht Miete. Das gleiche gilt im Fall der Pacht. Wird eine vermietete oder verpachtete bewegliche Sache vom Vermieter (Verpächter) veräufsert, so kann die Miete (die Pacht) wenigstens im Wege der Einrede (gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe) auch dem neuen Eigentümer entgegengehalten werden (B.G.B. § 986, 2): damit ist auch hier ein ähnlicher Erfolg erreicht.

pr. I de locat. et conduct. (3, 24): Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistunt. Nam, ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur, si merces constituta sit; et competit locatori quidem locatio actio, conductori vero conducti.

3. Der Gesellschaftsvertrag (societas) ist der Vertrag über gegenseitige Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck, z. B. um ein Handelsgewerbe gemeinsam zu treiben (Erwerbsgesellschaft, societas negotiationis) oder um eine Sache, etwa einen Hund, gemeinsam zu haben (societas unius rei) oder um das ganze Vermögen zu vergemeinschaften (societas bonorum)

oder um eine Reise gemeinsam zu machen usf.[10]. Das wesentliche ist immer die Zweckgemeinschaft, die mit Kostengemeinschaft sich verbindet. Soll jemand nur an den Kosten (dem Verlust) Anteil haben (sogenannte societas leonina), so liegt keine societas vor (vielleicht aber ein Schenkungsvertrag): es fehlt die Zweckgemeinschaft.

Die Sozietät ist ein bonae fidei negotium. Die Gesellschafter schulden sich gegenseitig nicht blofs das Versprochene (die zugesagten Beiträge, bezw. Beteiligung am Gewinn oder am Gebrauch), sondern alles, was die bona fides mit sich bringt. Dazu gehört auch diligentia, aber nur die diligentia quam suis rebus adhibere solet (socius). Ebenso B.G.B. § 708. Man kann nicht fordern, dafs der socius in Gesellschaftsangelegenheiten sorgfältiger sei als in seinen eigenen Angelegenheiten. Man mufs sich seinen socius danach aussuchen. Die bona fides fordert ebenso, dafs man die Sozietät in jedem Augenblick kündigen könne, es sei denn eine bestimmte Zeit verabredet, für welche man auf das Kündigungsrecht verzichtet hat. Wird unzeitig gekündigt (sei es gegen ausdrückliche Beredung, sei es gegen die bona fides), so wird zwar durch die Kündigung die Sozietät aufgehoben, aber der Kündigende ist dem anderen ersatzpflichtig. Tod eines Gesellschafters bewirkt nach römischem Recht notwendig (nach dem B.G.B. nur im Zweifel) Endigung des Gesellschaftsverhältnisses. Ebenso die Aufnahme eines neuen Gesellschafters, der Austritt eines alten. Weil die römische societas lediglich ein Schuldverhältnis und zugleich Vertrauensverhältnis unter bestimmten Personen bedeutet, vermag sie eine Änderung des Personenbestandes nicht zu ertragen: neue socii, neue societas. Die Verpflichtungswirkung des Sozietätsvertrags ist eine notwendig gegenseitige. Jeder socius hat gegen den anderen die actio pro socio, und zwar als actio directa: alle Gesellschafter sind gleichmäfsig Hauptverpflichtete (oben S. 465). Der actio pro socio gegenüber hat der beklagte socius nach römischem Recht das beneficium competentiae (oben S. 335

[10] Ist die Verabredung, eine Reise gemeinsam zu machen, an sich schon eine Sozietät? Nein, sondern nur, wenn gegenseitige Leistungen zur Erreichung dieses Zweckes zugesagt werden, die gemeinsame Reise also auf gemeinsame Kosten gemacht wird.

Anm. 6), aber die Verurteilung aus der actio pro socio machte den socius infam (oben S. 208).

Die römische societas hat blofse Kontraktswirkung, d. h. blofs schuldrechtliche Wirkung für die socii untereinander (sie erzeugt nur ein „Innenverhältnis“). Darin liegt ein Doppeltes: 1. Sie hat keine organisatorische Wirkung. Sie erzeugt keine nach aufsen als Einheit handlungsfähige Gemeinschaft (darin liegt der Gegensatz zum rechtsfähigen Verein, oben S. 227). Soll ein socius im Namen aller handeln können, so bedarf es aufser dem Sozietätsvertrag des Rechtsgeschäfts der Bevollmächtigung (oben S. 256), das ihn aber zum Vertreter nur der socii, nicht der societas macht: sein Rechtsgeschäft wirkt wie ein gemeinsames Rechtsgeschäft aller Gesellschafter. Insoweit (Mangel der organisatorischen Wirkung) stimmt die Gesellschaft des B.G.B. mit der römischen societas überein. Nur die Gesellschaften des Handelsrechts (offene Handelsgesellschaft. Kommanditgesellschaft), nicht die unseres bürgerlichen Rechts sind organisiert. 2. Die römische societas hat auch keine dingliche Wirkung, d. h. das Gesellschaftsverhältnis wirkt nicht auf den in Gesellschaftsangelegenheiten gemachten Erwerb. Der Erwerb fällt den einzelnen socii zur Alleinverfügung zu. Nur obligatorisch sind sie zu gesellschaftsmäfsigem Gebrauch der Verfügungsmacht einander verpflichtet. Gemeinschaftlicher Erwerb ist den socii zu Bruchteilen gemeinsam und jeder hat dann von dinglichen Rechts wegen über seinen Bruchteil freie Verfügung (vgl. unten § 83 V). Hier weicht die Gesellschaft des B.G.B. ab. Gemeinsamer Erwerb der Gesellschafter ist Erwerb zu gesamter Hand: der Erwerb ist gemeinsam, aber keiner kann allein über seinen Anteil verfügen; das dingliche Verhältnis (Gesamteigentum) ist so geartet, dafs nur gemeinsam verfügt werden kann (B.G.B. § 718. 719). Voraussetzung ist nur, dafs das Erwerbsgeschäft im Namen aller Gesellschafter geschlossen ist, dafs also eine offene, nach aufsen erkennbar gemachte Gesellschaft vorliegt. Eine solche Gesellschaft hat nach unserem heutigen bürgerlichen Recht zwar nicht organisatorische aber doch dingliche Wirkung: sie bindet dinglich das gemeinsame Gesellschaftsvermögen an die Gemeinschaft der Gesellschafter.

pr. I. de soc. (3, 25): Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique.

§ 1 eod.: Et quidem si nihil de partibus lucri et dammi nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent.

4. Das Mandat (Auftrag) ist der Vertrag über unentgeltliche Geschäftsführung[11]. Als bonae fidei negotium verpflichtet es beide Teile zu allem, was die bona fides fordert. So den Mandatar zur Ausführung des Auftrags mit omnis diligentia (über die Geschichte seiner Diligenzhaftung oben S. 467 Anm. 3), eventuell zum Schadensersatz; den Mandanten zum Ersatz der Auslagen und überhaupt zu omnis diligentia. Der Mandant (der den Auftrag erteilte) ist derjenige, welcher an erster Stelle und auf jeden Fall berechtigt ist; die Klage des Mandanten gegen den Mandatar (den Hauptverpflichteten) heifst daher actio mandati directa. Die Klage geht (wie in allen Fällen eines Geschäftsführungsverhältnisses) auf Schadensersatz wegen unsorgfältiger bezw. unterlassener Geschäftsführung, auf Rechnungslegung und Herausgabe dessen, was der Beauftragte infolge der Geschäftsführung (z. B. Einkassierung von Forderungen) in Händen hat. Der Mandatar (der Empfänger des Auftrags) ist nur unter Umständen und nicht auf jeden Fall berechtigt; die Klage des Mandatars gegen den Mandanten (den Nebenverpflichteten) auf Ersatz der Auslagen, bezw. sonstigen (vom Auftraggeber zu vertretenden) Schadens heifst actio mandati contraria. Vgl. oben S. 466.

Der Auftrag kann sich (wenn es sich um ein Rechts-

[11] Ebenso B.G.B. § 662. Der Vertrag über entgeltliche Geschäftsführung ist heute ein Dienstvertrag (wenn nur Bemühung geschuldet wird) oder ein Werkvertrag (wenn ein Erfolg zugesagt ist). Die actio mandati contraria geht immer nur auf Ersatz (von Auslagen, Schaden), nie auf Entgelt. In der Kaiserzeit konnten unter Umständen (nach Mafsgabe der Verkehrsanschauung) Honoraransprüche geltend gemacht werden, aber nicht mittels einer actio, sondern nur im Wege der extraordinaria cognitio, oben S. 123.

geschäft oder einen Prozefs handelt) mit Erteilung einer Vollmacht verbinden, d. h. mit der Erteilung der Befugnis, im Namen des Auftraggebers das Geschäft zu schliefsen, den Prozefs zu führen. Dann ist der Mandatar zugleich befugt, als Stellvertreter zu handeln (oben S. 256 ff.). Aber der Auftrag bedeutet als solcher nur Verpflichtung des Beauftragten, nicht Bevollmächtigung. Es kann das aufgetragene Geschäft auch ein reines Tatgeschäft sein (z. B. an einem anderen Orte eine Handschrift einzusehen), bei welchem Stellvertretung (im Rechtssinn) überhaupt unmöglich ist. Das Mandat geht als solches auf Geschäftsführung (d. h. auf irgendwelches Handeln für Rechnung des Mandanten), nicht auf Vertretung.

Das Mandat bedeutet wie die societas zugleich ein persönliches Vertrauensverhältnis. Der Mandant kann (bis zur Ausführung) jederzeit widerrufen, der Mandatar kann jederzeit kündigen (solange Mandant durch die Kündigung nicht geschädigt wird). Durch Tod des Beauftragten erlischt das Mandat (nach B.G.B. § 673 „im Zweifel"). Ebenso nach römischem Recht durch Tod des Mandanten (l. 26 pr. D. 17, 1: mandatum solvitur morte), ausgenommen das mandatum post mortem, d. h. ein Auftrag, welcher auf eine erst nach dem Tode des Auftraggebers vorzunehmende Handlung gerichtet ist (l. 12 § 17. l. 13 D. 17, 1). Nach B.G.B. § 672 erlischt das Mandat im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers. Mit dem Mandat endigt grundsätzlich auch die auf Grund desselben etwa erteilte Vollmacht.

Von dem Mandat, welches die Verpflichtung des Mandatars zur Ausführung des Auftrags beabsichtigt, unterscheidet sich der gute Rat (das sogenannte mandatum tua gratia), welcher solche Verpflichtung nicht beabsichtigt und daher nicht blofs kein Mandat, sondern überhaupt kein Rechtsgeschäft bedeutet. Eine Handlung, welche contra bonos mores ist, kann nicht gültig durch Mandat aufgetragen werden, weil eine Verpflichtung zu unsittlichem Handeln überhaupt von Rechts wegen nicht begründet werden kann, weder durch bonae fidei, noch durch stricti juris negotium.

Eine besondere Art des Auftrags ist der Kreditauftrag, oben S. 493.

§ 7 I. de mand. (3, 26): Illud mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

§ 13 eod.: In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse.

§ 83.

Die Quasikontrakte.

Die Quasikontrakte bedeuten Fälle der Kontraktswirkung bei blofs kontraktsähnlichem Tatbestand. Hierher gehören:

I. Die Bereicherung sine causa und ex injusta causa, d. h. die Bereicherung des einen auf Kosten des anderen, die als dem unterliegenden Verhältnis nicht entsprechend (sine causa) oder als dem Willen des Rechts widersprechend (ex injusta causa) erscheint. Derjenige, auf dessen Kosten die Bereicherung erfolgt ist, hat gegen den Bereicherten eine condictio auf Herausgabe der Bereicherung[1].

Die Bereicherung des Gegners kann bestehen in sachenrechtlichem Erwerb, insbesondere Eigentumserwerb (condictio rei bezw. certae pecuniae), in Erwerb eines abstrakten Forderungs-

[1] So nach dem Recht des Corpus juris und ebenso heute nach dem B.G.B. §§ 812 ff. Es kann also nicht schlechtweg das Empfangene zurückgefordert werden, sondern (falls nicht böser Glaube des Bereicherten eingreift) nur das, um was der Empfänger gegenwärtig noch bereichert ist. Die Bereicherung ist wie der Grund so auch der Mafsstab der Haftung. Das klassische Recht hat diesen Satz noch nicht durchgeführt. Es ward, insbesondere im Fall der condictio certae pecuniae, durch die Enge der Formel daran gehindert (die condemnatio mufste auf dieselbe certa pecunia gehen wie die intentio). Nur Ansätze in der Richtung, die condemnatio auch bei certa pecunia auf die Bereicherung zu beschränken, sind erkennbar, vgl. die utilis actio in l. 66 D. 46, 3. Im Corpus juris ist der Zwang der Formel weggefallen und die Haftung nur auf die Bereicherung durchgeführt. Vgl. die interpolierte l. 5 pr. D. 12, 4. v. Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, in der Festschrift für E. J. Bekker, 1907, S. 7 ff.

rechts (condictio liberationis, oben S. 499), in Erwerb des Besitzes (condictio possessionis). Urfall, dem die anderen nachgebildet sind, ist die condictio rei. Von diesem Fall soll ausgegangen werden.

Voraussetzung der condictio (rei) ist rechtsgültiger Erwerb des Eigentums durch den Gegner. Wäre mein Eigentum nicht übergegangen, so wäre der andere nicht auf meine Kosten (durch mein Eigentum) bereichert. Ich würde die rei vindicatio (eine dingliche Klage auf restituere), nicht die condictio (eine Schuldklage auf reddere) haben. Rei vindicatio und condictio (rei) schliefsen einander aus: nur wenn die rei vindicatio verloren gegangen, kann sie durch condictio abgelöst werden (über die Ausnahme im Fall der condictio furtiva vgl. Anm. 4). Der Gegner hat also rechtsgültig erworben (er hat einen titulus) und doch ist sein Erwerb „ungerechtfertigt" (es besteht ein Mangel in der causa). Wie ist das möglich?

Die Bereicherungskondiktionen bedeuten in ihren Hauptanwendungsfällen eine Ergänzung des Rechts von den Zuwendungsgeschäften (Leistungsgeschäften).

Der Zuwendungs**wille** (der andere soll z. B. mein Eigentum an diesem Geldstück erwerben) ist stets **kausal**, d. h. er hat eine bestimmte rechtlich erhebliche Beschaffenheit, die ihn als Schuldzahlungswillen oder Schenkungswillen oder Dosbestellungswillen oder Darlehnswillen usw. **individualisiert** (vgl. oben S. 498). Diese rechtliche Beschaffenheit schliefst stets bestimmte Einschränkungen, Voraussetzungen des Zuwendungswillens in sich (die Schuldzahlung setzt eine Schuld voraus, der Schenkgeber kann wegen Undanks widerrufen usf.). Das Zuwendungs**geschäft** aber (z. B. die Veräufserung des Eigentums) ist stets **abstrakt** (darum ist nur das abstrakte Versprechen ein zuwendendes, d. h. schon gegenwärtig leistendes Geschäft), d. h. zu seinem **Inhalt** gehört nur das Dasein, nicht die rechtliche Beschaffenheit des Zuwendungskonsenses (zum Inhalt des Veräufserungsgeschäfts gehört nur der Eigentumsübertragungskonsens, nicht auch der Schenkungskonsens). Darum kommt das Zuwendungsgeschäft durch das blofse **Dasein** des Zuwendungskonsenses rechtsgültig zustande, **unabhängig** von den Voraussetzungen, die aus der konkreten Beschaffenheit des Zuwendungs-

willens sich ergeben. Das Eigentum geht über, auch wenn die vorausgesetzte Schuld nicht besteht (also eine Schuldzahlung gar nicht zustande kommt), es geht ebenso über, auch wenn der andere das als Darlehen gegebene irrtümlich als Schenkung nimmt (also weder Darlehns- noch Schenkungskonsens vorhanden sind), vgl. oben S. 370. Das Zuwendungsgeschäft wirkt selbständig, unbeschränkt durch seine causa. Das Eigentum geht also rechtsgültig über trotz eines Mangels in den kausalen Voraussetzungen. Da tritt die condictio ergänzend ein: die kausal ungerechtfertigte Bereicherung kann zurückverlangt werden.

Die condictio rei beruht (im Normalfall) auf Bereicherung durch Verfügungsgeschäft (dare), die condictio liberationis auf Bereicherung durch abstraktes Verpflichtungsgeschäft (promittere), die condictio possessionis, die erst im Lauf der klassischen Zeit Zulassung fand, auf „Bereicherung“ durch ungerechtfertigten Besitzerwerb[8].

a. Fälle der Bereicherung sine causa sind: 1. Die solutio indebiti, d. h. die irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld: der irrtümlich Zahlende hat als Rückforderungsklage die condictio indebiti. Die Klage ist zuständig nicht blofs wenn die vorausgesetzte Schuld ipso jure, sondern ebenso wenn sie ope exceptionis (kraft Dauereinrede) nicht bestand, es sei denn, dafs die exceptio (so die exc. Sc. Macedoniani, oben S. 472) eine naturalis obligatio bei Bestand läfst. Immer ist Irrtum Voraussetzung. Wissentliche Zahlung einer Nichtschuld kann nicht zurück-

[8] Beispiele: die condictio indebiti ist als cond. possessionis möglich, wenn blofse Besitzübertragung indebite geleistet ist (l. 15 § 1 D. 12, 6); die condictio (ex injusta causa) kann bei gewalttätiger Besitzentziehung als condictio possessionis angestellt werden, und zwar auch in bezug auf bewegliche Sachen, während das interdictum unde vi nur für Grundstücke möglich war, l. 2 D. 13, 3; l. 25 § 1 D. 47, 2. Die cond. poss. setzt voraus, dafs Kläger (juristischer) Besitzer war, ist aber doch keine Klage aus dem Besitz (kein possessorisches Rechtsmittel), sondern Klage aus dem Forderungsrecht wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Hier sind darum petitorische Einreden auf Grund z. B. des Eigentums an der Sache möglich (die Bereicherung ist gerechtfertigt) und die Verjährung ist die ordentliche dreifsigjährige. Auch das B.G.B. läfst die condictio possessionis zu (§ 812: „etwas“).

gefordert werden. 2. Das dare ob causam, d. h. die Vermögenszuwendung in der vertragsmäfsigen Erwartung eines künftigen Erfolges (z. B. dafs der X die Y heiraten werde). Solange der Erfolg nicht eingetreten ist, bezw. sobald sich entschieden hat, dafs der Erfolg nicht eintreten kann, erscheint die Bereicherung des Empfängers als nicht hinreichend begründet; der Gebende hat als Klage auf Rückgabe der Bereicherung die condictio ob causam datorum oder, wie sie auch genannt wird, die condictio causa data causa non secuta. Unter diesem Gesichtspunkt und mit dieser Klage kann nach römischem Recht beim Innominatrealkontrakt (Tauschkontrakt, oben S. 484) der Vorleistende jederzeit seine Vorleistung zurückfordern. Er hat also die Wahl, ob er aus dem Innominatrealkontrakt die Gegenleistung mit actio praescriptis verbis oder aus dem Quasikontrakt die Rückleistung der Bereicherung (solange die Gegenleistung nicht gemacht ist) mit condictio causa data causa non secuta fordern will (sogenanntes jus poenitendi)[8]. 3. Das mifsglückte dare, d. h. das dare, bei welchem der Abschlufs des Kausalgeschäfts (des Geschäftes, welches die rechtliche Beschaffenheit der Zuwendung vertragsmäfsig festlegen soll) mifsglückt ist, z. B. weil auf der anderen Seite der entsprechende Wille fehlte (der Empfänger glaubte z. B., ihm solle geschenkt werden, oder er irrte in der Person des Darlehnsgebers). Dann ist keine Darlehnsklage möglich, aber condictio sine causa auf Rückgabe der Bereicherung (eine condictio dieser Art ist die sogenannte condictio Iuventiana, oben S. 479). Ebenso wenn jemand, der ein Darlehn geben wollte, fremde Münzen gegeben hat, so dafs der Empfänger nicht durch die Tradition, sondern erst durch Konsumtion Eigentümer ward (oben S. 477). Ähnlich liegt der Fall der wegen Undanks widerrufenen Schenkung (oben S. 242):

---

[8] Diese condictio („propter poenitentiam") ist vielleicht erst von den Kompilatoren in das römische Recht eingeführt, um die actio fiduciae zu ersetzen, mit welcher im Fall einer mancipatio (oder in jure cessio) fiduciae causa (wenn nämlich fiducia cum amico contracta vorlag, vgl. S 475), wie Erfüllung der Auflage, so auch Rückgabe der Sache verlangt werden konnte. Vgl. Gradenwitz, Interpolationen, S. 146 ff.; Lenel in der Zeitschrift der Sav.-Stift., Bd. 9, S. 182. Dagegen Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 771. 772.

das Kausalgeschäft (die Einigung über die Schenkungskausa) wird rückgängig, Schenkgeber hat die sogenannte condictio causa finita, die einen Fall der condictio sine causa darstellt. Die condictio sine causa wird überhaupt gegeben, wo dem einen etwas zugekommen ist, was besser einem anderen zugekommen wäre. Ein Beispiel: die Sache, welche mir vermacht war, hat ein anderer verkauft; die vermachte Sache geht unter, so dafs ich sie nicht mehr vindizieren kann; ich fordere mit condictio sine causa von jenem Verkäufer den von ihm erlösten Preis (l. 23 D. 12, 1). Die condictio sine causa hat also überhaupt die Aufgabe, die irregegangene Bereicherung rückgängig zu machen (D. 12, 7).

b. Fälle der Bereicherung ex injusta causa sind: 1. Der Diebstahl: der Dieb ist durch den Besitz der gestohlenen Sache rechtswidrig auf Kosten des Bestohlenen bereichert[4]; der Eigentümer hat gegen ihn eine condictio, die condictio furtiva (dieser Name erst seit Justinian) auf Rückgabe der Sache bezw. Schadensersatz. 2. Das dare ob turpem causam, d. h. die Vermögenszuwendung, deren Annahme unsittlich ist (z. B. das von Räubern erprefste Lösegeld). Dann hat der Gebende, auch wenn das vorausgesetzte Ereignis eingetreten ist (der Gefangene ist losgegeben), als Rückforderungsklage die condictio ob turpem causam, vorausgesetzt jedoch, dafs das Geben nicht gleichfalls unsittlich war (wie z. B. beim Dingen eines Mörders). 3. Das dare ex injusta causa, z. B. die Zahlung einer gesetzlich mifsbilligten Schuld (so die Erfüllung eines wucherischen Zinsversprechens), überhaupt die Bereicherung, welche als eine von Rechts wegen zu mifsbilligende Bereicherung des einen auf Kosten des anderen erscheint (z. B.

[4] Ja, er gilt, als wäre er durch das Eigentum an der gestohlenen Sache bereichert, und geht daher gegen ihn eine condictio rei (auf rem dari oportere), obgleich ja der Bestohlene trotz des Diebstahls Eigentümer geblieben ist. — Der Rechtssatz erklärt sich dadurch, dafs die ältere Zeit den Begriff des dari oportere noch nicht auf die zivile Eigentumsverschaffung beschränkte, ihn also ungenau nahm. Erst Proculus scheint betont zu haben, dafs dari oportere nur nach Verlust des Eigentums an den Gegner möglich sei (l. 15 D. 12, 4). Vgl. Bekker, Aktionen, Bd. 1, S. 105. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 58, Anm. 50 und oben S. 109 Anm. 15.

die Bereicherung des malae fidei possessor auf Kosten des Eigentümers durch Früchte, die er konsumiert hat). Es entsteht die condictio ex injusta causa auf Herausgabe der Bereicherung[5].

L. 1 § 1 D. de condictione indebiti (12, 6) (ULPIAN.): Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens, se non debere, solvit, cessat repetitio.

L. 7 § 1 D. de condictione causa data causa non secuta (12, 4) (JULIAN.): Fundus dotis nomine traditus, si nuptiae insecutae non fuerint, condictione repeti potest: fructus quoque condici poterunt.

L. 1 § 2 D. de condictione ob turpem vel injustam causam (12, 5) (PAULUS): Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res secuta sit, repeti potest. L. 2 eod. (ULPIAN.): Utputa dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas.

II. Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, d. h. die Aufnahme der Sachen, welche der Reisende mitbringt, seitens des Schiffers, des Gastwirts oder des Stallwirts, verpflichtet den Aufnehmenden, gleich als ob über die von dem Reisenden eingebrachten Sachen ein Kontrakt geschlossen wäre, zur Haftung für die Sachen. Der Prätor hat diese Verpflichtung eingeführt. Kommen die eingebrachten Sachen abhanden oder werden sie beschädigt, so fordert der Reisende mit der (prätorischen) actio de recepto vollen Schadensersatz, falls der Wirt (oder Schiffer) nicht nachweist, dafs der Schaden durch die eigene Nachlässigkeit des Reisenden oder durch „höhere Gewalt“ (vis major) herbeigeführt worden ist. Aus dem receptum wird also auch für casus gehaftet, nur die Fälle der vis major ausgenommen. Vis major ist der Zufall, welcher eintritt trotz Tauglichkeit der Betriebsmittel des Verpflichteten (z. B. durch Erdbeben): für solchen Zufall wird nicht gehaftet. Aber es wird gehaftet für zufällige (trotz verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht vorherzusehende) Untauglichkeit der Betriebsmittel (sei

[5] Die im Text wiedergegebene Einteilung der Kondiktionen stammt in dieser Form erst von den byzantinischen Kompilatoren des Corpus Juris, Pernice, Labeo, Bd. 3 S. 234 ff.

es der Leute sei es der Sachen). Das B.G.B. §§ 701 ff. hat Haftung aus dem receptum nur noch für Gastwirte.

L. 1 pr. D. nautae caup. (4, 9): Ait praetor: NAUTAE CAUPONES, STABULARII, QUOD CUJUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT, NISI RESTITUENT, IN EOS JUDICIUM DABO.

III. Die negotiorum gestio, d. h. die unbeauftragte Geschäftsführung (z. B. Fürsorge für Sachen des anderen oder Schuldenzahlung für den abwesenden Freund), erzeugt ein mandatsähnliches Verhältnis. An erster Stelle und auf jeden Fall ist berechtigt derjenige, dessen Geschäfte geführt sind (der Geschäftsherr, dominus negotii), nämlich auf Vollführung des übernommenen Geschäfts mit omnis diligentia, auf Rechnungslegung und Herausgabe dessen, was der Geschäftsführer etwa aus der Geschäftsführung in Händen hat. Der Geschäftsherr hat die actio negotiorum gestorum directa. Nur unter Umständen ist der negotiorum gestor berechtigt, z. B. auf Ersatz von Auslagen, die er utiliter, d. h. zu Nutzen und im Sinne des Geschäftsherrn gemacht hat[6]. Er hat die actio negotiorum gestorum contraria, es sei denn, daſs er animo donandi gehandelt hatte (wenn z. B. der Onkel die Schulden des Neffen bezahlt).

---

[6] Der Beauftragte (Mandatar) fordert Ersatz aller Auslagen, die er in Erfüllung seiner Sorgfaltpflicht (nach dem Ermessen eines ordentlichen Mannes) für erforderlich halten durfte. Der unbeauftragte Geschäftsführer (negotiorum gestor) kann nur die Auslagen ersetzt verlangen, die er utiliter gemacht hat, die nicht bloſs objektiv, sondern auch subjektiv (im Sinne des Geschäftsherrn) angemessen sind. Es genügt, daſs negotium utiliter coeptum est; daſs die Auslagen den gewünschten Erfolg gehabt haben (daſs also z. B. der servus des Geschäftsherrn, für den der Geschäftsführer Arzneimittel besorgt hat, gesund ward), ist nicht notwendig. — Ebenso B.G.B. § 683. — Handeln gegen den Willen des dominus negotii ist inutiliter gestum. Ausnahme die Erfüllung einer fremden Beerdigungspflicht (hier gibt das römische Recht eine besondere Klage auf Ersatz der Auslagen, die actio funeraria, die auch bei Verbot des Verpflichteten gegen ihn zuständig ist, l. 14 § 13 D, 11, 7). B.G.B. § 679 hat die Ausnahme auf alle Fälle einer im öffentlichen Interesse liegenden Pflichterfüllung erstreckt. — Aber auch im Fall des inutiliter gestum haftet der Geschäftsherr jedenfalls, soweit er bereichert ist (ebenso B.G.B. § 684). — Genehmigung des Geschäftsherrn (ratihabitio) bewirkt schlechtweg, daſs ein utiliter gestum vorliegt. Das bedeutet der Satz: ratihabitio mandato comparatur, l. 12 § 4 D. 46, 3 (B.G.B. § 184).

Unbeauftragte Geschäftsführung ist jedes wissentliche Einwirken auf fremde Vermögensverhältnisse, welches nicht durch ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis (sei es Auftrag, Vormundschaft, Kommodat, Miete, Werkvertrag usw.) veranlafst wird, mag dies Einwirken im Interesse des Geschäftsherrn (contemplatione domini) oder im eignen Interesse (sui lucri causa) vorgenommen sein. Auch der bösgläubige Besitzer einer fremden Sache (praedo) ist negotiorum gestor und als solcher zu omnis diligentia verpflichtet (vgl. oben S. 395): gegen ihn ist die actio negotiorum gestorum directa zuständig, er aber kann mit actio contraria nicht seine Auslagen als solche, sondern nur den Betrag der Bereicherung des dominus herausfordern (l. 5 § 5 D. 13, 5; ebenso B.G.B. § 687, 2). Der gutgläubige (unwissentliche) Besitzer einer fremden Sache aber ist kein negotiorum gestor und darum ohne Sorgfaltpflicht, vgl. oben S. 394 (B.G.B. § 687, 1).

§ 1 I. de obl. quasi ex contr. (3, 27): Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum; sed domino quidem rei gestae adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci, manifestum est; quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se optulerit: ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.

IV. Auch die tutela, d. h. die Übernahme der Vormundschaft, erzeugt zwischen Mündel und Vormund ein mandatsähnliches Verhältnis. Auf alle Fälle berechtigt ist der Mündel, nämlich auf sorgfältige Vollführung der Vormundschaft, Rechnungslegung und Herausgabe dessen, was der Vormund von seiner Geschäftsführung für den Mündel in Händen hat. Doch haftet der Vormund, weil er zur Übernahme der Vormundschaft verpflichtet ist, nach römischem Recht (vgl. l. 1 pr. D. 27, 3) nur für diligentia quam suis rebus adhibere solet (anders B.G.B. § 1833). Der Mündel hat gegen den Vormund die actio

tutelae directa. Nur unter Umständen berechtigt ist der Vormund, z. B. falls er Auslagen gehabt hat. Er klagt mit actio tutelae contraria.

§ 2 I. eod.: Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur.

V. Die communio, d. h. die Vermögensgemeinschaft zu ideellen Anteilen (pro partibus indivisis), ist entweder eine von den Gemeinern im gemeinsamen Interesse gewollte — dann besteht unter ihnen ein Kontraktsverhältnis, es gilt das Recht von der Sozietät — oder sie ist ohne solchen Willen der Gemeiner entstanden (sogenannte communio incidens), z. B. durch Sachverbindung (oben S. 389) oder durch ein ihnen gemeinsam zugewandtes Vermächtnis. Im letzteren Fall wirkt die Gemeinschaft als solche (ein Quasikontraktsverhältnis) ähnlich wie die Sozietät. Die Gemeinschaft ist im römischen Recht individualistisch stilisiert. Sie ist eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, d. h. nach festen, selbständig veräufserlichen ideellen Anteilen (die Sache ist ungeteilt, aber das Eigentum an der gemeinsamen Sache ist in mehrere selbständige Teileigentumsrechte zerlegt). Über seinen Bruchteil (Miteigentum) kann jeder Miteigentümer frei verfügen. Die deutsche Gemeinschaft zu gesamter Hand, welche die Verfügung an die Gemeinschaft der Gemeiner bindet (nur die gesamte Hand kann verfügen), ist dem römischen Recht unbekannt (das BGB. hat die gesamte Hand für die Gesellschaft, die Gütergemeinschaft, die Erbengemeinschaft). Aber mit der Gemeinschaft (als solcher) ist auch nach römischem Recht ein schuldrechtliches Verhältnis verbunden. Die Gemeinschaft verpflichtet die Gemeiner auf Verlangen eines Genossen[7] zur Auseinandersetzung (oben S. 373), ferner, so lange die Gemein-

[7] Es sei denn, dafs die Teilung vertragsmäfsig auf Zeit ausgeschlossen ist. Auf immer kann sie nach römischem Recht nicht ausgeschlossen werden, l. 14 § 2 D. 10, 3 (anders B.G.B. § 749, jedoch unter Vorbehalt des Kündigungsrechts aus wichtigem Grunde). Der Teilungsverzichtvertrag hat schon nach römischem Recht dingliche Wirkung auch gegen den Sondernachfolger, l. 14 § 3 eod. (vgl. B.G.B. § 751), dazu Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 113 Anm. 56.

schaft besteht, zur anteiligen Gewährung des Sachgenusses sowie zum anteiligen Ersatz von Auslagen, welche infolge der Gemeinschaft der eine für alle machen mufste, endlich zur Leistung von diligentia quam suis rebus: der Genosse ist verpflichtet, die gemeinsame Sache nicht schlechter zu behandeln als seine eigene; widrigenfalls ist er schadensersatzverpflichtet. Es gibt nach römischem Recht drei Arten der Vermögensgemeinschaft: Sachgemeinschaft, Erbschaftsgemeinschaft, Grenzgemeinschaft (das letztere, falls die richtigen Grenzen nicht mehr klargestellt werden können). Dementsprechend gibt es drei Teilungsklagen (judicia divisoria): die actio communi dividundo für den Fall der Sachgemeinschaft, die actio familiae erciscundae für den Fall der Erbschaftsgemeinschaft, die actio finium regundorum für den Fall der Grenzgemeinschaft (die Grenzfeststellungsklage ist heute keine Teilungsklage mehr. oben S. 398). Mit der Teilungsklage kann nicht blofs der Anspruch auf Auseinandersetzung, sondern ebenso auch der Anspruch auf praestationes personales (Anteil an den Früchten. Auslagen, Schadensersatz) geltend gemacht werden. Soweit die Teilungsklage aber auf Auseinandersetzung geht, ist sie unverjährbar (so auch nach B.G.B. § 758) und ein sogenanntes judicium duplex (vgl. oben S. 410); beide Teile haben die gleiche Rolle, und beide Teile werden durch adjudicatio bezw. condemnatio zur Leistung dessen angehalten, was zur Vollziehung der Auseinandersetzung nötig ist. Die römische adjudicatio (Aufhebung des Miteigentums durch den Spruch des Richters selber) ist jedoch heute verschwunden. Es wird nicht mehr adjudiziert, sondern nur noch kondemniert. Die Miteigentümer werden gegenseitig zu den Handlungen verurteilt, die zur Aufhebung der Gemeinschaft dienlich sind. Vgl. oben S. 374.

§ 3 I. eod.: Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt; sed, quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

VI. Der Erbe wird durch Erbschaftsantritt quasi ex contractu verpflichtet, die ihm gültig vom Erblasser auferlegten Vermächtnisse den Vermächtnisnehmern auszuzahlen, vgl. § 115.

VII. Den Quasikontraktsfällen verwandt sind die Fälle der actio ad exhibendum. Wer einen Anspruch hinsichtlich einer Sache hat, kann Vorlegung (exhibere) der Sache verlangen, falls das für die Geltendmachung seines Anspruchs von Interesse ist. Die actio ad exhibendum dient als Vorbereitung für den Hauptanspruch (z. B. für die rei vindicatio, vgl. oben S. 391 Anm. 1). Die Vorlegung einer Urkunde kann jeder verlangen, der an dem Inhalt der Urkunde ein rechtliches Interesse hat. Die Exhibitionspflicht ist eine Zustandsverpflichtung. Exhibitionspflichtig ist jeder, der die facultas exhibendi hat. (Vgl. B.G.B. §§ 809—811).

§ 84.
Die pacta.

Pactum ist jede Vereinbarung, die nicht unter einen bereits fertigen Rechtsgeschäftsbegriff fällt, z. B. der formlose Erlafsvertrag, der formlose Vergleichsvertrag. Grundsatz ist bei den Römern, dafs formloses pactum (sogenanntes nudum pactum) kein Schuldverhältnis hervorbringt (oben S. 474), aber vom Prätor als exzeptionsbegründend (z. B. exceptio pacti de non petendo) berücksichtigt wird: nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem (l. 7 § 4 D. 2, 14)[1].

Dennoch gibt es einige pacta, welche schon nach klassischem Zivilrecht, andere, welche nach prätorischem Recht, und eine dritte Art, welche nach späterem Zivilrecht, Kaiserrecht, klagbar sind (sogenannte pacta vestita).

I. Nach klassischem Zivilrecht, und zwar im Einklang mit den allgemeinen ihm innewohnenden Gedanken, sind klagbar die pacta adjecta, d. h. die Nebenverträge, welche dem Abschlufs eines bonae fidei negotium sofort (ex continenti) hinzugefügt sind. Ist also z. B bei Abschlufs eines Kaufvertrags eine Vertragsstrafe für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung verabredet worden, so kann die Vertragsstrafe mit der Klage aus dem

[1] Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 148. 149. Oben S. 231 Anm. 1.

Kaufkontrakt eingeklagt werden. Es bedarf der Stipulation nicht. Aus dem bonae fidei negotium wird alles geschuldet, was die bona fides mit sich bringt. Der Inhalt eines solchen Nebenvertrags wird ex bona fide gleichfalls kraft des gleichzeitig geschlossenen Hauptvertrags geschuldet. Ist der Nebenvertrag aber erst später geschlossen worden, so kann er mit der Klage aus dem Hauptvertrag nicht geltend gemacht werden (weil er hier keinen Bestandteil des Hauptvertrags bildet) und erzeugt daher, da er um seiner selbst willen nicht klagbar ist, keine actio, sondern nur eine exceptio. — Besondere Fälle des pactum adjectum sind:

1. Der Vertrag zugunsten eines Dritten, d. h. die Vereinbarung, dafs aus dem Schuldvertrage unmittelbar ein Dritter berechtigt sein soll (z. B. die Herausgabe der hinterlegten Sache zu fordern). Solche Verabredung war ursprünglich nach römischem Recht ungültig: Verträge wirkten nach älterem römischem Recht nur für die Vertragsschliefsenden selber (vgl. oben S. 258). Im klassischen Recht ward die Möglichkeit anerkannt, durch solche Nebenberedung dem Dritten eine letztwillige Zuwendung zu machen: falls der Dritte den Versprechensempfänger überlebt, soll er gegen den Schuldner unmittelbar das Forderungsrecht aus dem Vertrage haben. Es kann dann der Dritte wie ein Vermächtnisnehmer den Schuldner in Anspruch nehmen (fideicommissum a debitore relictum). Das spätere Kaiserrecht hat die Gültigkeit solcher Nebenberedung noch in einigen weiteren Fällen anerkannt[2]. Zu allgemeiner Anerkennung aber ist der Vertrag zugunsten eines Dritten im römischen Recht nicht gelangt. Erst unser neueres Recht (B.G.B. § 328ff.) hat diesen Schritt getan.

2. Die arrha (Angeld, Draufgeld) ist eine Gabe bei Abschlufs (contractu perfecto data) oder zwecks Abschlusses (contractu imperfecto data) eines Schuldvertrags. Der Sinn des im Geben der arrha liegenden Nebenvertrags kann ein verschiedener sein. Im Zweifel dient die arrha als Zeichen des bindenden

[2] Diese Entwickelung, insbesondere die rechtliche Natur des fideicommissum a debitore relictum, ist erst in neuerer Zeit klargelegt worden durch Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899), S. 1 ff.

gegenwärtigen Vertragsschlusses (sogenannte arrha confirmatoria): sie wird bei Erfüllung und ebenso bei etwaiger Auflösung des Hauptvertrags zurückgegeben bezw. auf die Leistung angerechnet. Sie kann zugleich als re (durch Leistung) kontrahierte Vertragsstrafe gemeint sein (arrha poenalis): sie verfällt, wenn der Geber die Nichterfüllung des Hauptvertrags verschuldet. Die arrha kann aber auch (was jedoch nicht zu vermuten ist) ein Reugeld, sogenannte arrha poenitentialis, bedeuten, d. h. eine Prämie, die für das Recht des Rücktritts gezahlt wird. (Vgl. B.G.B. §§ 336—338). Immer bedeutet die römische arrha einen z w e i t e n Vertrag neben dem Hauptvertrag, während das (beim Gesindevertrage noch heute übliche) deutsche Handgeld die F o r m für den Abschlufs des H a u p t vertrags darstellt (und daher n i c h t angerechnet noch zurückgegeben wird).

3. Insbesondere beim Kauf waren üblich: das p a c t u m d i s p l i c e n t i a e (Kauf auf Probe: Mifsbilligung des Käufers intra certum tempus löst den Vertrag auf, l. 6 D. 18, 5); die i n d i e m a d d i c t i o (Vorbehalt des besseren Angebots: besseres Angebot eines Dritten macht Kauf und Veräufserung rückgängig, l. 1 D. 18, 2); die l e x c o m m i s s o r i a (Verfallklausel: bei nicht rechtzeitiger Leistung des anderen Teils erlischt zu seinen Lasten der Vertrag, l. 1. 2 D. 18, 5)[3]. In der Form des Nebenvertrags erscheint hier eine dem Hauptvertrag beigefügte auflösende Bedingung (oben S. 245)[4].

II. Nach p r ä t o r i s c h e m R e c h t (pactum praetorium) ist klagbar das c o n s t i t u t u m · d e b i t i, sei es debiti proprii, sei

---

[3] Es gibt eine lex commissoria des Sachenrechts (das Eigentum des Schuldners an der Pfandsache soll bei Nichterfüllung verfallen sein), die nach späterem Kaiserrecht ungültig ist, oben S. 442. Hier handelt es sich um die lex commissoria des Schuldrechts (die Rechte des Schuldners aus dem Kontrakt, auch seine etwa geleisteten Zahlungen, sollen bei Nichterfüllung verfallen sein, falls Gläubiger von der lex commissoria Gebrauch macht).

[4] Das B.G.B. behandelt den Kauf auf Probe im Zweifel als aufschiebend bedingt (§§ 495. 496); die schuldrechtliche lex commissoria begründet nur ein Rücktrittsrecht, dessen Ausübung b e i d e Teile zur Rückleistung des Empfangenen verpflichtet (§ 360 mit 346); über den Vorbehalt besseren Angebots hat das B.G.B. keine Sondervorschrift: es entscheidet der Tatbestand des Einzelfalls.

es debiti alieni. Das constitutum des klassischen Rechts war das Versprechen eine gegenwärtig (von dem Versprechenden selber oder einem anderen) geschuldete bestimmte Summe vertretbarer Sachen, insbesondere eine bestimmte Geldsumme zu bestimmter Zeit zu zahlen. Dem constitutum verwandt war das receptum argentarii, das formlose Versprechen des Bankiers, für Rechnung eines anderen dem Versprechensempfänger eine Sache oder Summe zu leisten. Das receptum hatte aber kein Schuldverhältnis zur Voraussetzung und konnte auch auf nicht vertretbare Sachen gehen[5]. Der Prätor gab in beiden Fällen eine Klage: aus dem constitutum die actio constitutoria (pecuniae constitutae), aus dem receptum die actio recepticia. Justinian hob das receptum argentarii als besonderes Rechtsgeschäft auf und beseitigte dafür die Beschränkung des constitutum auf vertretbare Sachen sowie andere geschichtliche Besonderheiten dieses Instituts (l. 2 C. 4, 18), so dafs das constitutum des Corpus Juris auf Leistung eines gegenwärtig (zur Zeit des Vertragsschlusses) geschuldeten körperlichen Gegenstandes geht. Die Konstitutsschuld trifft mit der Hauptschuld nur in ihrem Ziele, nicht in ihrem Inhalt zusammen und steht daher zur Hauptschuld nicht in korrealem, sondern nur in unecht solidarischem Verhältnis, vgl. oben S. 493. Im heutigen Recht ist das Konstitut verschwunden.

III. Nach späterem Kaiserrecht (pacta legitima) sind klagbar auch als blofse pacta (ohne Form) das Schenkungsversprechen und das Versprechen, eine dos (unten § 95) geben zu wollen. Die Klagbarkeit des formlosen Dotalversprechens bestimmte Theodos II (l. 6 C. 5, 11), die des formlosen Schenkungsversprechens erst Justinian (l. 35 § 5 C. 8, 53). Doch ist das Schenkungsversprechen ohne gerichtliche Insinuation (Verlautbarung vor Gericht) nach justinianischem Recht nur bis zum Betrage der Insinuationssumme von 500 solidi (oben S. 242) gültig. Das B.G.B. § 518 verlangt für das Schenkungsversprechen schlechtweg gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung des Versprechenden (Erfüllung heilt den Formmangel).

---

[5] Vgl. Lenel in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 2 S. 62 ff.

L. 7 § 7 D. de pact. (2, 14): Ait praetor: PACTA CONVENTA, QUAE NEQUE DOLO MALO, NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA, DECRETA PRINCIPUM, NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT, FACTA ERUNT, SERVABO.

L. 13 C. de pact. (2, 3) (MAXIMINUS): In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat. Nam, quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit.

§ 9 I. de act. (4, 6): De pecunia autem constituta cum omnibus agetur, quicumque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

Anhang. Die pollicitatio. Das einseitig abgegebene (vom Gegner nicht angenommene, also nicht vertragsmäfsige) Versprechen erzeugt nach römischem wie nach heutigem Recht (B.G.B. § 305) keine Schuldverbindlichkeit. Das spätere römische Recht hat jedoch solch einseitiges Versprechen (pollicitatio) für giltig und klagbar erklärt zugunsten einer Stadtgemeinde, wenn es aus gerechtfertigtem Grunde (ob justam causam) gegeben war oder doch schon ein Anfang der Ausführung (coeptum opus) vorlag, vgl. l. 1 D. 50, 12 (dazu Mommsen in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 25 S. 41—43), ebenso zugunsten eines frommen Zweckes (votum), l. 2 eod. Das B.G.B. kennt eine giltige einseitig abgegebene Zusage nur in der Form der Auslobung (§§ 657 ff.), d. h. des öffentlich bekannt gemachten Versprechens, dem der eine bestimmte Handlung vornimmt, eine Belohnung zu zahlen.

B. Deliktsobligationen.

§ 85.

Die Privatdelikte des römischen Rechts.

Das römische Recht kennt eine Reihe von Delikten, gegen welche das Recht mit den Mitteln des Privatrechts wirkt: die Privatdelikte. Aus dem Privatdelikt entspringen zur Strafe für den Delinquenten Forderungsrechte des Verletzten, teils auf Schadensersatz (reipersekutorische Klage, vgl. oben S. 308), teils auf Bufse (Pönalklage), teils auf Schadensersatz und Bufse (actio mixta). Die Privatdelikte des römischen Rechts sind:

1. Das furtum, d. h. die bewufst widerrechtliche Aneignung einer fremden beweglichen Sache, sei es mit Entziehung der Sache aus fremdem Gewahrsam (wie bei dem Raub und dem

Diebstahl des heutigen Rechts), sei es ohne solche Entziehung (wie bei der heutigen Unterschlagung)[1]. Aus dem Diebstahl entspringen zwei Klagen. Einmal die actio furti auf Privatstrafe (Bufse), und zwar gegen den fur manifestus (der auf der Tat ertappt ist) auf das quadruplum, gegen den fur nec manifestus auf das duplum. Zum anderen die condictio furtiva auf Schadensersatz (oben S. 529). Die actio furti wirkt infamierend (oben S. 208) und wird jedem gegeben, der durch den Diebstahl beschädigt ist (cujus interest, rem non subripi, rem salvam esse). Dagegen hat die condictio furtiva wegen Sachdiebstahls nur der Eigentümer der gestohlenen Sache.

Im älteren römischen Recht gab es auch eine actio furti concepti gegen den, bei welchem die gestohlene Sache durch Haussuchung gefunden worden war, eine actio furti oblati gegen den, welcher die gestohlene Sache bei diesem anderen versteckt hatte, eine actio furti prohibiti gegen den, welcher sich der Haussuchung widersetzte, eine actio furti non exhibiti gegen den, welcher die bei der Haussuchung gefundene Sache nicht herausgeben wollte. Alle diese Klagen hingen mit dem alten Recht des Bestohlenen zusammen, zum Zweck förmlicher Haussuchung (lance et licio: eine Schüssel in der Hand und nur mit einem Schurz bekleidet) unter gewissen Feierlichkeiten in jedes Haus einzudringen. Mit der Sitte dieser privaten Haussuchung sind auch diese Klagen abgekommen.

Was im obigen definiert wurde, ist der Sachdiebstahl (furtum rei ipsius). Daneben kennt das römische Recht auch ein furtum possessionis (das furtum des Eigentümers, welcher seine eigene Sache dem dritten Besitzberechtigten, z. B. dem Faustpfandgläubiger, entwendet) und ein furtum usus (die Aneignung

---

[1] Nach römischem Zivilrecht fällt auch die rapina unter den Begriff des furtum. Nur das prätorische Recht unterschied zwischen der gewalttätigen (rapina) und der heimlichen Sachaneignung (furtum). Das zivilrechtliche furtum begriff also drei Deliktstatbestände des heutigen Rechts: Raub, Diebstahl, Unterschlagung. Über die geschichtliche Entwickelung des römischen Rechts vom furtum vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht (in Bindings Handbuch), 1899, S. 733 ff. A. Pernice in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 17, S. 216 ff. H. F. Hitzig, ebendas. Bd. 23, S. 315 ff. Wlassak, ebendas. Bd. 25 S. 95 ff.

zu blofs vorübergehendem Gebrauch). Auch in diesen Fällen wird condictio furtiva (die possessio, der usus wird kondiziert) und actio furti (der Wert der possessio, des usus mufs zur Strafe mehrfach ersetzt werden) gegeben.

L. 1 § 3 D. de furtis (47, 2) (Paulus): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve.

§ 3 I. de obligat ex del. (4, 1): Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum. — Manifestus fur est, quem Graeci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant, nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo fit . . . Immo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo perveniret, quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex his, quae diximus, intellegitur. Nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

§ 13 eod.: Furti autem actio ei competit, cujus interest, rem salvam esse, licet dominus non sit: itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit, rem non perire.

§ 19 eod.: Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus ipsum furem heredemve ejus, licet non possideat, competit.

2. Die rapina ist die gewalttätige Sachentziehung und erzeugt als solche die prätorische actio vi bonorum raptorum auf das quadruplum, wovon ein simplum als Schadensersatz gilt. Die actio vi bonorum raptorum ist also eine actio mixta. Nach Ablauf eines annus utilis (vgl. oben S. 330) geht sie nur noch auf einfachen Schadensersatz. Sie ist jedem zuständig, welcher durch den Raub geschädigt ist[2].

---

[2] Nach römischem Zivilrecht fiel die rapina unter den Begriff und die Rechtssätze vom furtum, vgl. Anm. 1.

pr. I. de vi bon. rapt. (4, 2): Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse. Sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quae actio utilis est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus, sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non.

3. Das damnum injuria datum ist die verschuldete Sachbeschädigung. Daraus entspringt für den beschädigten Eigentümer (nach jüngerem Recht auch für den dinglich an der Sache Berechtigten) die actio legis Aquiliae auf vollen Schadensersatz, und zwar (ohne Rücksicht auf die Höhe des wirklich erlittenen Schadens) auf Ersatz des höchsten Wertes, welchen die Sache im letzten Jahr hatte, wenn es sich um die Tötung von Sklaven oder von vierfüfsigem Vieh (quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves, caprae, boves, equi, asini, muli; — canis inter pecudes non est, l. 2 § 2 D. 9, 2) handelt[3], oder des höchsten Wertes, welchen die Sache im letzten Monat hatte (wenn es sich um anderen Sachschaden handelte)[4]. Die actio legis Aquiliae ist also eine reipersekutorische Klage, schliefst aber durch die besondere Art der Schätzung ein pönales Element in sich. Das gleiche gilt von dem Rechtssatz, dafs die actio legis Aquiliae im Fall des Leugnens des Beklagten (des Täters) auf

---

[3] Darauf bezog sich das erste Kapitel der lex Aquilia.

[4] Auf die ceterae res und auf die blofse Beschädigung von Sklaven und Vieh bezog sich das dritte Kapitel der lex Aquilia. Das zweite Kapitel handelte von dem adstipulator (vgl. oben S. 501), welcher sein formelles Recht mifsbrauchte, um den Schuldner durch acceptilatio (unten § 89) zu befreien. Dies zweite caput der lex Aquilia kam aufser Übung, weil der adstipulator, nachdem die Verpflichtungskraft des Mandats (oben S. 523) vom Zivilrecht anerkannt war, mit der actio mandati directa auf vollen Schadensersatz verklagt werden konnte, es also der Deliktsklage aus der lex Aquilia nicht mehr bedurfte. — Mommsen, Röm. Strafr., S. 825 ff.

das Doppelte geht (lis infitiando crescit in duplum, sogenannte Litiskreszenz).

Voraussetzung der actio legis Aquiliae ist Verschulden des Beklagten, sei es dolus, sei es blofs culpa levis. Aber nur die culpa levis in faciendo begründet das Delikt der lex Aquilia; das non facere als solches ist kein Delikt, wenngleich es unter Umständen ein facere und dann ein Delikt sein kann. Und zwar mufs ein Verschulden vorliegen, durch welches eine bestimmte Sache des Klägers Schaden genommen hat. Wegen blofser Interessenschädigung ohne körperliche Sachschädigung wird keine actio legis Aquiliae gegeben (vgl. unten Nr. 5). Der Wortlaut der lex Aquilia verlangte, dafs der Sachschaden durch die Handlung des Beklagten unmittelbar herbeigeführt sei (damnum corpore corpori datum)[5]. Doch hat der Prätor später die actio legis Aquiliae (als utilis actio, vgl. oben S. 299) auch dann gegeben, wenn der Sachschade durch die Handlung des Beklagten nur mittelbar entstanden war. Beispiel: A durchschneidet den Strick, an welchem das Schiff liegt; der Sturm treibt jetzt das Schiff davon, so dafs es untergeht: mit actio l. A. directa kann von ihm nur Ersatz des Strickes, mit actio utilis aber auch Ersatz des Schiffes verlangt werden. Ja, unter Umständen gab der Prätor auch eine actio in factum nach Vorbild der lex Aquilia (accommodata legi Aquiliae), wenn nämlich kein eigentlicher Sachschade vorlag, aber doch eine Sachentziehung, welche tatsächlich der Sachvernichtung gleichkommt (z. B. ich löse die Fesseln des fremden Sklaven, so dafs der Sklav entflieht; oder: ich werfe einen fremden Ring in das Meer), und vollends ward das Gebiet der Interessenschädigung beschritten, indem die actio legis Aquiliae auch für den Fall der an einem Freien verübten Körperverletzung auf Ersatz der Heilungskosten und des versäumten Arbeitslohnes gegeben wurde[6]. Dennoch ist als Grundsatz die Beschränkung der

[5] Das Kap. 1 der lex Aquilia (servus, pecudes) setzte ein injuria occidere, das Kap. 3 (ceterae res praeter hominem et pecudem occisos) ein injuria urere, frangere, rumpere voraus, also immer Sachbeschädigung durch unmittelbare körperliche Einwirkung. Vgl. Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 827. 828.

[6] Mommsen, Röm. Strafr., S. 836.

actio legis Aquiliae auf die Fälle der Sachbeschädigung aufrecht erhalten worden.

pr. I. de leg. Aq. (4, 3): Damni injuriae actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut, si quis hominem alienum, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.

§ 2 eod.: Injuria autem occidere intellegitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. § 3: Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla invenitur. Nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

§ 12—14 eod.: Caput secundum legis Aquiliae in usu non est. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. — Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

§ 16 eod.: Ceterum placuit, ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent, veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur . . . Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa, neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

4. Die injuria (Beleidigung) ist jede absichtliche Nichtachtung fremder Persönlichkeit. Das alte Injurienrecht war eng und roh. Nach den zwölf Tafeln gab es eine Klage nur wegen körperlicher Mifshandlung als solcher ohne Rücksicht auf die Absicht der Beleidigung, nämlich wegen membrum ruptum, os fractum und injuria factum (das letztere bedeutete Körperverletzung und körperliche Vergewaltigung überhaupt). Eine lex Cornelia (von Sulla 81 v. Chr.) fügte den Fall des Hausfriedensbruchs (domum vi introire) hinzu und ordnete für die zivilrechtlichen Beleidigungsfälle eine bestimmte Art des Verfahrens vor einem magistratisch geleiteten Geschworenengericht (wie im Kriminalverfahren) an. Das Injurienrecht der Folgezeit ist durch den Prätor geschaffen worden. Der Prätor

machte die Beleidigungsabsicht erheblich und zog auch die wörtliche Beleidigung unter den Begriff der injuria. Er gab in allen Fällen intra annum (utilem) eine actio injuriarum aestimatoria, d. h. eine Privatklage auf verhältnismäfsige Geldbufse: der Richter hat das Recht, die verlangte Bufse abzumindern. In den zivilrechtlichen Fällen war der Prätor zur Gewährung der actio verpflichtet; in den anderen Fällen gab er die actio nach seinem Ermessen[7]. Darauf ruht das von der römischen Jurisprudenz entwickelte Recht: jede absichtliche Nichtachtung fremder Persönlichkeit konnte unter den Begriff der injuria gebracht werden, so dafs die actio injuriarum, die übrigen Rechtsmittel ergänzend, in allen Fällen möglich war, in denen dem Gegner bewufste (absichtlich auf die Kränkung der anderen Persönlichkeit gerichtete) Rechtswidrigkeit vorgeworfen werden konnte. Aus einem Rechtsmittel wegen Ehrverletzung ward zugleich ein allgemeines Rechtsmittel wegen chikanöser Rechtsverletzung[8].

Die actio injuriarum ist eine sogenannte actio vindictam spirans, d. h. sie geht auf persönliche Genugtuung, und ist deshalb aktiv (auf seiten des Klagberechtigten) unvererblich: nur der Injuriierte selbst kann klagen; auf seine Erben geht das Klagerecht erst nach vollzogener litis contestatio über. Da die Klage aufserdem auf Strafe geht, ist sie als actio poenalis auch passiv unvererblich.

---

[7] Vgl. zu dem obigen Mommsen, Röm. Strafr., S. 784 ff. und die neuen Ergebnisse von P. Huvelin, La notion de l'Jniuria dans le très ancien droit Romain (Mélanges Appelton), Lyon 1903 (dazu Kübler in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 25, S. 441 ff.). Die zwölf Tafeln gaben eine Privatklage auf eine bestimmte Geldsumme (meistens 25 As, etwa 5 M.), im Fall des membrum ruptum (Beraubung eines Gliedes) auf Talion, die aber regelmäfsig zu einer Vergleichung in Geld führte. Das carmen famosum bedeutet, wie Huvelin gezeigt hat, nicht ein Schmählied (Beleidigung), sondern das Sprechen von Zauberformeln und Beschwörungen (um den anderen sterben oder krank zu machen). Daher die von den zwölf Tafeln angedrohte Todesstrafe. — Für die prätorische actio injuriarum aestimatoria scheint griechisches Injurienrecht vorbildlich gewesen zu sein, H. F. Hitzig, Injuria (1899), S. 71.

[8] Vgl. darüber v. Jhering in seinen Jahrb. für Dogm., Bd. 23, S. 155 ff.: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. — Landsberg, Injuria und Beleidigung (1886).

§ 1 I. de injur. (4, 4): Injuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fustibus caesus, vel etiam verberatus erit, sed etiam, si cui convicium factum fuerit, sive cujus bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo, qui intellegebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum, aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matremfamilias, aut praetextatum praetextatamve adsectatus fuerit, sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti injuriam, manifestum est.

5. Dolus (die absichtliche vermögensbeschädigende Tat) und metus (die vermögensbeschädigende Drohung) verpflichten den Täter zum vollen Schadensersatz vermöge der actio de dolo bezw. der actio quod metus causa (vgl. oben S. 238). Die actio de dolo wird jedoch (weil sie den Verurteilten infamiert) nur subsidiär gegeben, wenn keine anderen Rechtsmittel zuständig sind (si qua alia actio non erit), und kann sie nach Ablauf von zwei Jahren (so nach Justinianischem Recht; nach prätorischem Recht: post annum utilem) nur noch als actio in factum angestellt werden, soweit der Beklagte von seinem dolus noch einen Gewinn hat. Da die vermögensbeschädigende Drohung nur einen Sonderfall des dolus darstellt, so ergibt sich, dafs überhaupt im Fall des dolus auch die blofse Vermögensbeschädigung (die Schädigung vermögenswerter Interessen) eine Klage auf Schadensersatz begründet. Ja, die klassischen römischen Juristen geben die actio doli als allgemeine subsidiäre Billigkeitsklage zur Ergänzung der Enge des römischen Kontraktsrechts, wenn ein zivilrechtlicher Vertragsanspruch zwar nicht besteht, auch böslicher Vorsatz (dolus praeteritus) nicht vorliegt, aber doch die gegenwärtige Leistungsweigerung des Beklagten als unehrlich erscheint[9].

Anhang. Die privatdeliktischen Tatbestände sind im B.G.B. andere als im römischen Recht. Diebstahl, Raub, Sachbeschädigung usw. treten als solche im B.G.B. gar nicht auf. „Unerlaubte Handlungen" sind vielmehr 1. die schuldhafte widerrechtliche Verletzung eines fremden konkreten Rechtsgutes (§§ 823, 1. 824. 825), 2. die schuldhafte gesetzwidrige sowie die

[9] Über das Geschichtliche der actio doli Mommsen, Röm. Strafr., S. 679. 680 und insbesondere Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 318 ff.

vorsätzliche sittenwidrige Verletzung fremder Interessen (§§ 823, 2. 826), 3. die schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beamten (§ 839); daneben quasideliktische Tatbestände (§§ 829. 833—838). Die privatrechtliche Wirkung des Delikts (bezw. Quasidelikts) erschöpft sich in der Pflicht zum Schadensersatz. Poenalklagen sind wie schon dem früheren gemeinen Recht so auch dem B.G.B. unbekannt.

§ 86.
Quasidelikte.

Quasidelikte heifsen die Fälle der Deliktswirkung (Verpflichtung zum Schadensersatz bezw. Strafe) bei blofs deliktsähnlichem Tatbestand.

1. Der judex qui litem suam facit, d. h. der Richter (im Formularprozefs der Geschworene), welchem in bezug auf die Entscheidung oder die Führung des Rechtsstreits ein Verschulden zur Last fällt, kann auf arbiträren Schadensersatz (quantum aequum judici videbitur) verklagt werden. Die Klage wird als actio quasi ex delicto aufgefafst, weil sie nicht blofs den Fall des (wissentlich) ungerechten Urteils, sondern auch alle leichteren Versehen umfafst, welche z. B. durch Versäumung eines Termins, Nichtachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Vertagungen u. dgl. (imprudentia judicis) begangen werden. Als Klage wegen sachlich ungerechten Urteils ist die Klage nicht zu denken[1].

2. Gegen den (oder die) Bewohner eines Zimmers, aus welchem mit schädigendem Erfolg etwas hinausgeworfen oder gegossen ist, wird vom Prätor eine Klage auf doppelten Schadensersatz (also eine actio mixta) gegeben: die actio de effusis vel dejectis.

3. Gegen denjenigen, welcher über einer öffentlichen Strafse auf gemeingefährliche Weise etwas hingestellt oder hingehängt hat, gibt der Prätor eine Popularklage (cuivis ex populo, vgl. S. 308) auf eine Privatstrafe von 10000 Sesterzen, an deren Stelle im Justinianischen Recht 19 Goldsolidi getreten sind: die actio de posito vel suspenso.

4. Gegen den Schiffsherrn (nauta), den Gastwirt (caupo), den Stallwirt (stabularius) gibt der Prätor auf Grund der Delikte

[1] Vgl. Lenel, Edictum, S. 136. 137. — Jetzt gilt B.G.B. § 839.

ihrer Angestellten (sofern dieselben in Ausführung ihrer Verrichtung tätig waren) dem Geschädigten eine actio in factum auf das Doppelte, also eine actio mixta.

5. Aus dem Delikt des servus (nicht aus dem Kontrakt. vgl. § 88 I) kann der gegenwärtige Eigentümer (auch wenn das Delikt unter einem früheren Eigentümer begangen war: noxa caput sequitur) mit der Noxalklage (actio noxalis, d. h. mit der zuständigen Deliktsklage, welche als Noxalklage gegen den Herrn angestellt wird) dahin in Anspruch genommen werden, dafs er entweder die Folgen des Delikts auf sich nehme oder den Sklaven dem Verletzten ausantworte (noxae daret. Vgl. oben S. 316 Anm. 7. Das gleiche gilt, wenn ein Tier unerwartbarerweise (contra naturam) Schaden angerichtet hat, sodafs also nur Tierschaden, nicht von einem Menschen verschuldeter Schaden vorliegt: gegen den gegenwärtigen Tiereigentümer geht die sogenannte actio de pauperie als Noxalklage. Hätte der Hüter des Tieres das Verhalten des Tieres voraussehen müssen, so tritt nicht Noxalhaftung des Eigentümers, sondern aquilische Haftung des Schuldigen ein. Für den Fall, dafs Vieh fremde Früchte abweidet, gaben schon die zwölf Tafeln eine Noxalklage (actio de pastu, l. 14 § 3 D. 19, 5). deren Zuständigkeit durch Mitwirkung menschlichen Verschuldens nicht ausgeschlossen ward[2]. Nach vorjustinianischem Recht haftete auch der paterfamilias mit der Noxalklage aus den Delikten des filiusfamilias.

Das B.G.B. kennt keine Noxalklage. Für Tierschaden haftet nicht der gegenwärtige Tiereigentümer, sondern der damalige Tierhalter. Tierhalter ist, wer das Tier zu eigenem Nutzen. nicht blofs vorübergehend, unterhält. Er haftet auf Schadensersatz ohne Möglichkeit der noxae deditio (B.G.B. § 833), auch wenn nicht blofser Tierschaden, sondern zugleich Verschulden eines Menschen vorliegt (§ 834. 840, 1).

---

[2] Vgl. zu dem Obigen Eisele in Jherings Jahrb. Bd. 24 S. 480 ff. und Litten ebendas. Bd. 49 S. 419 ff. Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 26 S. 494 ff.

III. Übertragung und Aufhebung der Forderungsrechte.

§ 87.
Übertragung der Forderungsrechte.

Nach römischem Zivilrecht kann die Forderung vom Gläubiger nicht an einen anderen abgetreten (zediert) werden[1]. Wohl kann der Gläubiger den anderen zu seinem Prozefsbevollmächtigten machen (mandatum actionis), d. h. er kann ihm auftragen, seine Forderung als sein Bevollmächtigter (procurator) einzuklagen und einzukassieren (sogenanntes Inkassomandat), und es kann ferner ausgemacht sein, dafs der Mandatar das Erlangte behalten soll (mandatum in rem suam). Aber auch ein solcher Prozefsprokurator, welchem das mandatum actionis zu seinen Gunsten (in rem suam) gegeben worden ist, kann nicht aus eigenem, sondern nur aus fremdem Recht (aus dem Recht des Auftraggebers) klagend auftreten. Er ist formell nicht berechtigt, sondern, gleich einem anderen Mandatar, nur verpflichtet zur Einklagung der Forderung: widerruft der Gläubiger das Mandat, oder stirbt der Gläubiger, so erlischt auch dies mandatum in rem suam gerade wie jedes andere Mandat. Der Mandatar in rem suam hat kein Recht an der Forderung. Er ist von Rechts wegen nicht Gläubiger, sondern nur ein Beauftragter des Gläubigers. In ein festes Verhältnis zur Forderung tritt er erst in dem Augenblick, in welchem er mit dem Schuldner litem kontestiert hat. Die formula (mittels der formula vollzieht sich die litis contestatio des klassischen Prozesses, oben S. 266 Anm.) lautet, wenn ein Prozefsprokurator auftritt, zugunsten (und ebenso, falls der Beklagte vertreten wird, zu Lasten) des Prokurators, d. h. der Kondemnationsbefehl der formula ist zugunsten (bezw. zu Lasten) des Prokurators gefafst, während die intentio der formula auf den

[1] Novation mit Gläubigerwechsel, also Begründung einer formell neuen Obligation für den neuen Gläubiger unter Mitwirkung des Schuldners war möglich (oben S. 495), nicht Übertragung des bestehenden Forderungsrechts (Zession) ohne Mitwirkung des Schuldners.

Namen des vertretenen Berechtigten (bezw. Schuldners) gestellt ist: wenn dem Mandanten (dem Gläubiger) 100 vom Verklagten geschuldet werden, so soll der Verklagte zur Zahlung der 100 an den Prokurator verurteilt werden. Dadurch wird der Prokurator dominus litis, d. h. selbst Prozefspartei, zu deren Gunsten (bezw. Lasten) die Wirkung des Prozesses eintritt. Laut Inhalt der formula mufs der judex den Schuldner verurteilen, ihm (dem Prokurator) zu zahlen. Von diesem Augenblick an also ist das erteilte Prozefsmandat unwiderruflich, aber nicht blofs das in rem suam gegebene, sondern jedes Prozefsmandat (jeder Prozefsprokurator wird durch die formula dominus litis). Das mandatum in rem suam ist in seiner Wirkung nach aufsen von dem gewöhnlichen Mandat ununterscheidbar: auch der Mandatar in rem suam hat dem Schuldner gegenüber lediglich prokuratorische Stellung, keine Gläubigerstellung, obgleich er dem Mandanten gegenüber nicht verpflichtet ist, das vom Schuldner Eingetriebene herauszuzahlen[2].

Von diesem Standpunkt hat das Zivilrecht aber doch einen Schritt weiter gemacht. Es stellte sich fest, dafs das mandatum in rem suam nicht erst im Augenblick der Litiskontestation, sondern bereits im Augenblick der Denunziation unwiderruflich werde, d. h. in dem Augenblick, wo der Mandatar in rem suam den Schuldner von der zu seinen Gunsten geschehenen Erteilung des Mandats benachrichtigt hat. Jetzt unterschied sich das mandatum in rem suam von dem gewöhnlichen Prozefsmandat. Das gewöhnliche Prozefsmandat war widerruflich bis zur litis contestatio: das mandatum in rem suam war widerruflich nur bis zur denunciatio. Von dem Augenblick der Denunziation an hatte der Mandatar in rem suam jetzt ein Recht, dafs der Schuldner ihm, nur ihm allein zahle. Darin lag die erste Ankündigung des Zessionsgedankens. Nicht die Gläubigerschaft, aber doch ein Recht auf Stellvertretung des

[2] Näheres über die Geschichte der Prozefsvollmacht im römischen Recht bei F. Eisele, Kognitur und Prokuratur (1881); M. Rümelin, Zur Gesch. der Stellvertretung im röm. Zivilprozefs (1886); Wlassak, Zur Gesch. d. Kognitur (1893). Der durch rechtsförmliche Erklärung an den Gegner (coram adversario) bestellte Prozefsprokurator hiefs cognitor; der schlichte procurator war formlos bestellt. Gaj. IV §§ 83. 84.

Gläubigers, nicht die Zuständigkeit der Forderung, aber doch ein Recht, die fremde Forderung auszuüben, ging auf den Mandatar in rem suam über.

Vollendet ist diese Entwickelung durch das Kaiserrecht. Ein Reskript des Antoninus Pius gab dem Erbschaftskäufer auf Grund seines kaufmäfsigen Erwerbes als solchen die Klage aus der zur Erbschaft gehörigen Forderung (l. 16 pr. D. 2, 14). Das ward auf sonstigen entgeltlichen (l. 1. 2 C. 4, 10), von Justinian auch auf unentgeltlichen (l. 33 C. 8, 53) Forderungserwerb übertragen. Das mandatum in rem suam mit seinen blofs prokuratorischen Wirkungen ward entbehrlich. Es wurde für gleichgültig erklärt, ob der Gläubiger den Dritten zum Prozefsprokurator gemacht hatte oder nicht, ob ferner das etwa erteilte Prozefsmandat vielleicht (vor der Denunziation) gültig zurückgenommen war oder nicht. Es kam nach dem neuen Kaiserrecht nur auf das Rechtsgeschäft an, durch welches die Veräufserung, d. h. die Abtretung der Forderung erklärt war, also auf das über die Forderung abgeschlossene Kaufgeschäft, auf das Schenkungsgeschäft, auf das Dosbestellungsgeschäft usf., welches den Willen, eine Forderung auf den anderen zu übertragen, enthielt. Es war nicht mehr erheblich das mandatum ad agendum, welches auf Grund des Veräufserungsgeschäfts erteilt wurde, sondern allein dies Veräufserungsgeschäft, d. h. das Zessionsgeschäft, selber. Erst kraft dieser neuen Ordnung ward der Veräufserungswille in bezug auf das Forderungsrecht rechtlich wirksam. Nach Zivilrecht gab es nur ein Auftragsgeschäft zur Geltendmachung der fremden Forderung (des Auftraggebers), welches unter bestimmten Vorausssetzungen unwiderruflich wurde. Nach Kaiserrecht gab es nunmehr ein Zessionsgeschäft (kaufweise, schenkweise Übertragung der Forderung usf.), welches kraft des vertragsmäfsig erklärten Veräufserungswillens den Zessionar zu einer Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen, d. h. als eines eigenen Forderungsrechts, berechtigte. Nach Kaiserrecht gab es eine Singularsukzession (Sondernachfolge) in das Forderungsrecht, nach Zivilrecht nicht. Das Zivilrecht war dabei geblieben, die Obligation nach Art eines personenrechtlichen (unverfügbaren) Verhältnisses zu behandeln, obgleich die Änderung der Voll-

streckung (nur noch in das Vermögen) bereits das Wesen des Schuldverhältnisses umgestaltet hatte. Durch die Zession des Kaiserrechts ward die Umbildung vollendet. War die Schuld zu einem blofsen Vermögenspassivum geworden, so ward nunmehr auch das Forderungsrecht ein verfügbares Recht, d. h. ein freies Vermögensrecht (vgl. oben S. 123).

Die Klage, welche das neue Recht dem Zessionar auf Grund des Zesssionsgeschäfts gab, war eine actio utilis (wo also bereits die intentio auf den Namen des Zessionars lautete)[3]. Diese actio utilis war vom Widerruf, Tod des Gläubigers schlechtweg unabhängig. Sie machte den Zessionar im Augenblick der Willenseinigung über den Forderungsübergang (d. h. mit Abschlufs des Zessionsvertrags) sofort zum Gläubiger des Schuldners. Aber es verstand sich von selbst, dafs dem Schuldner, so lange er nichts von der Zession erfahren hatte, die an den ursprünglichen Gläubiger geleistete Zahlung aus Billigkeitsgründen angerechnet werden mufste. Erst vom Augenblick ausreichend sicherer Benachrichtigung an konnte der Schuldner verpflichtet sein, die Zession zu beachten. Also blieb die Denunziation immer noch von praktischer Bedeutung. Aber sie war nicht mehr das Mittel, um ein Recht des neuen Gläubigers erst zu erwerben, sondern nur ein Mittel, um ein Recht des Schuldners (noch an den ursprünglichen Gläubiger zu zahlen) auszuschliefsen.

Der Zessionsvertrag (Abtretungsvertrag) ist ein Verfügungsgeschäft (ein sogenannter dinglicher Vertrag, oben S. 230). Darin liegt ein doppeltes: 1. Das Zessionsgeschäft ist ein Zuwendungsgeschäft (es bewirkt den Forderungsübergang) und ist darum von dem regelmäfsig zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft (z. B. Kaufgeschäft) zu unterscheiden, welches den Forderungsübergang zusagt. Als Zuwendungsgeschäft ist das Zessionsgeschäft abstrakt, d. h. es wirkt lediglich durch das Dasein des Zuwendungswillens (des Konsenses über den Forderungsübergang), unabhängig von der konkreten rechtlichen

---

[3] Wie hat die actio utilis des Zessionars ausgesehen? Sicher war sie eine actio ficticia. Aber was wurde fingiert? Eisele, Die actio utilis des Zessionars (1887), S. 26. 40 ff., vermutet Fiktion einer Delegation (si Titius N.um A.o delegavisset); er verteidigt seine Auffassung aufs neue in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 27 S. 46 ff.

Beschaffenheit des Zuwendungswillens: die kausalen Beschränkungen des Zuwendungswillens erzeugen nur eine condictio auf Rückübertragung der Forderung (vgl. oben S. 526. 527). 2. Der Zessionserwerb ist ein verfügungsmäſsiger, d. h. ein abgeleiteter Erwerb (S. 364). Das Recht des Zessionars ist von dem Recht des Zedenten abhängig (nemo plus juris transferre potest quam ipse habet): alle Einwendungen, welche der Schuldner gegen den Zedenten hatte, hat er auch gegen den Zessionar. Ja, noch nach geschehener Zession kann der Schuldner durch Geschäft mit dem Zedenten (z. B. Zahlung, Erlaſsvertrag) Einwendungen gegen den Zessionar begründen, so lange er, der Schuldner, in Unkenntnis von der Zession sich befindet (daher die Bedeutung der Denunziation, vgl. jetzt B.G.B. §§ 406—410). Andererseits gehen durch die Zession auch die zum Forderungsrecht gehörigen Nebenrechte (Pfandrecht, Bürgschaft, Vorzugsrecht im Konkurse) auf den Zessionar über.

Immer aber bestimmt das Zessionsgeschäft nur die Rechte des Zessionars gegenüber dem Schuldner. Die Rechte des Zessionars gegenüber seinem Zedenten regeln sich nach dem der Zession zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft (bezw. sonstigem Rechtsverhältnis). Bei kaufmäſsiger Zession haftet der Forderungsverkäufer seinem Zessionar für nomen verum esse (das Dasein der Forderung), im Zweifel aber nicht für nomen bonum esse (Zahlungsfähigkeit des Schuldners); so auch B.G.B. §§ 437. 438. Die lex Anastasiana (von Kaiser Anastasius i. J. 506) läſst das Verhältnis zum Zedenten auch auf das Verhältnis zum Schuldner wirken: der Kaufzessionar kann die Forderung nur bis zur Höhe des Kaufpreises einklagen, von dem Mehrbetrag wird der Schuldner frei (l. 22 C. 4, 35). Der Schuldner soll nicht in die Hände von Forderungsaufkäufern fallen. Das B.G.B. hat diesen den Wert des Forderungsrechts schwächenden Schuldnerschutz beseitigt. Das römische Verbot der cessio ad potentiorem (an einen gesellschaftlich übermächtigen Zessionar, l. 2 C. 2, 13) sowie das Verbot der älteren Reichsgesetzgebung (zuletzt R.P.O. von 1577), Juden sollten ihre Forderungen gegen Christen nicht an Christen zedieren, ist längst unpraktisch.

Cessio necessaria nennt man die Zession, zu welcher Zedent gesetzlich verpflichtet ist (ein Beispiel der Fall des

stellvertretenden commodum, oben S. 470)[4]. Hier gilt nichts besonderes. Damit die Forderung übergehe, mufs der Zessionsverpflichtete das Zessionsgeschäft vornehmen (rechtskräftige Verurteilung zur Zessionserklärung ersetzt heute die Erklärung, Z.P.O. § 894). Anders im Fall der sogenannten cessio legis: hier geht ohne Zessionsgeschäft die Forderung unmittelbar kraft Gesetzes über. Im B.G.B. ist die römische cessio necessaria mehrfach durch cessio legis ersetzt worden. So namentlich in den Fällen des beneficium cedendarum actionum (oben S. 442 Anm. S. 492). Ohne Zessionsgeschäft geht die Forderung ferner über im Fall der richterlichen Überweisung: im Vollstreckungsverfahren kann dem Gläubiger eine Forderung des Schuldigen durch den Richter überwiesen werden (Z.P.O. § 835 ff.). Cessio legis und richterliche Überweisung fallen unter den Gesichtspunkt der Zwangsverfügung: es tritt Verfügungserfolg ein (abgeleiteter Rechtserwerb, vgl. B.G.B. § 412) ohne Verfügungsgeschäft, lediglich kraft öffentlichrechtlicher Zwangsgewalt (oben S. 364 Anm. 2).

§ 88.

Haftung aus fremder Schuld.

I. Der Eigentümer des servus haftet aus den Delikten des servus mit der Noxalklage (oben S. 548). Aus den Kontrakten des servus haftet der dominus nicht schlechtweg, sondern nur unter Umständen, nämlich unter folgenden Umständen[1]:

1. Wenn der dominus dem servus ein peculium eingeräumt hat, d. h. ihm Vermögensstücke übergeben hat mit dem Auftrag, dieselben selbständig zu verwalten (der servus unternimmt z. B. mit dem peculium irgend einen eigenen Gewerbebetrieb), so kann der dominus aus allen Kontrakten dieses servus (nur nicht aus Schenkungsgeschäften) mit einer (prätorischen) actio de peculio belangt werden, welcher gegenüber

[4] Über diese, im römischen Recht zahlreichen Fälle handelt F. Schulz in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 27 S. 82 ff.

[1] Über das Geschichtliche der actiones adjecticiae qualitatis Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 21, S. 1121 ff.

der Herr bis zum Betrage des peculium (peculio tenus) haftet. Da das peculium Vermögen des Herrn geblieben ist (der servus kann nichts erwerben), so haftet also der Herr in solchem Fall mit seinem eigenen Vermögen (aber nur bis zum Belaufe des peculium) aus der Kontraktsschuld des servus, d. h. für fremde Schuld. Der servus selber haftet aus seinen Kontrakten naturaliter (vgl. S. 471). Was der Sklave dem Herrn schuldet (der Sklave hat etwa für sein peculium von dem Herrn ein Darlehn aufgenommen unter Verpflichtung der Rückzahlung), vermindert das peculium; umgekehrt, was der Herr dem Sklaven schuldet, vermehrt das peculium. Eine zivilrechtliche Obligation ist zwischen dominus und servus unmöglich; aber die Kontrakte und Quasikontrakte zwischen dominus und servus wirken als Verminderung bezw. Vermehrung des peculium. Ist daher der Sklave durch Geschäft mit einem Dritten als Geschäftsführer (negotiorum gestor) seines Herrn tätig gewesen (er hat z. B. ein Darlehn aufgenommen und damit Schulden des Herrn bezahlt), so hat der Sklave einen Ersatzanspruch gegen den Herrn (entsprechend der actio negotiorum gestorum contraria), soweit das Geschäft mit dem Dritten wirklich im Sinne und zu Nutzen des Herrn geschlossen ist (vgl. oben S. 531). Diese Forderung des servus gegen den Herrn vermehrt das peculium zugunsten eines jeden Gläubigers, der aus irgend welchem Kontrakt des servus mit actio de peculio den Herrn belangt. Der Gläubiger aber, mit welchem der servus das dem Herrn vorteilhafte Geschäft schlofs, soll nicht auf die actio de peculio beschränkt sein. Er kann aus seinem (dem Herrn zugute gekommenen) Kontrakt die actio de in rem verso gegen den Herrn anstellen, welcher gegenüber der Herr bis zum Betrage jenes Ersatzanspruchs (der actio neg. gestorum) des servus gegen den dominus haftet[2]. Dieser actio de in rem verso gegenüber hat der Herr kein Recht, die ihm etwa aus anderen Verhältnissen gegen den servus zuständigen Forderungen abzuziehen.

---

[2] v. Tuhr, Actio de in rem verso (1895). Seckel, Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil nach klass. röm. Recht (in der Festgabe für E. J. Bekker: „Aus röm. und bürgerl. R.") 1907.

War das peculium dem Sklaven gegeben, um damit ein Handelsgewerbe zu treiben, so haben die Handelsgläubiger des servus gegen den Herrn das Recht auf verhältnismäfsige Verteilung der merx peculiaris (des Handelsvermögens) unter die Handelsgläubiger (Konkursverfahren). Der Herr hat dann nicht das Recht, seine Forderungen gegen den servus vorweg abzuziehen, sondern nur das Recht, wegen seiner Ansprüche neben den Gläubigern verhältnismäfsige Befriedigung zu empfangen. Verletzt der Herr wissentlich die Pflicht zu gleicher Verteilung, so hat der benachteiligte Gläubiger gegen ihn die actio tributoria.

2. Wenn der Herr die Ermächtigung (jussus) zum Abschlufs des Geschäfts durch den servus erteilt hat, so haftet der Herr dem Gläubiger mit der actio quod jussu, und zwar auf das Ganze (in solidum). Die Ermächtigung braucht nicht speziell erteilt zu sein. Es genügt auch die allgemeine Ermächtigung. Hat der Herr den Sklaven als Schiffskapitän (magister navis) eingesetzt und damit also ein Generalmandat (auf alle dem Schiffskapitän als solchem zufallenden Geschäfte bezüglich) erteilt, so kann aus allen Geschäften, welche der Dritte mit diesem servus als Schiffskapitän geschlossen hat (man denke z. B. an Frachtverträge), gegen den Herrn (als den Reeder, exercitor navis) mit der actio exercitoria geklagt werden, und zwar auf das Ganze. Oder: hat der Herr den Sklaven sonst in einem Gewerbebetrieb als seinen Bevollmächtigten (institor, z. B. als Kellner, als Kommis) angestellt, so haftet der Herr aus den Kontrakten, welche mit dem institor (dem Gewerbsbevollmächtigten des Gewerbsmanns) als solchem abgeschlossen sind, gleichfalls auf das Ganze mit der actio institoria.

II. Der Hausvater haftet aus dem Kontrakte des Hauskindes ebenso wie der dominus aus dem Kontrakte des servus. Also bald beschränkt, falls dem filiusfamilias ein peculium (profecticium, s. unten § 101) übergeben war (oder der filiusfamilias als negotiorum gestor des Vaters kontrahiert hatte), bald unbeschränkt, falls der Vater die Ermächtigung zum Geschäft gegeben hat, sei es unmittelbar durch eine Sonderermächtigung, sei es mittelbar durch eine allgemeine Er-

mächtigung. Die Klagen des Gläubigers aus dem Kontrakt des filiusfamilias gegen den paterfamilias sind genau die gleichen wie die aus dem Kontrakt des servus gegen den dominus.

III. Der Geschäftsherr haftet aus den Kontrakten des von ihm ermächtigten freien Geschäftsführers (Vertreters), falls dieser als solcher, d. h. unter Bezugnahme auf den erteilten Auftrag den Kontrakt abschlofs. Die actio exercitoria und institoria findet also auch im Fall der Anstellung eines freien Mannes als Schiffskapitän oder als institor (Gewerbsbevollmächtigter) statt. Ist sonstwie eine Ermächtigung zur Stellvertretung erteilt worden — wo also im Fall unfreier Stellvertretung die actio quod jussu zuständig sein würde — so wird im Falle freier Stellvertretung eine actio quasi institoria gegeben[8]. War der Kontrahent nicht ermächtigt, schlofs aber dennoch im Interesse des anderen (als negotiorum gestor desselben) den Kontrakt, so kann der Gläubiger, mit welchem der Kontrakt geschlossen war, gegen diesen anderen mit actio utilis de in rem verso klagen. Der Verklagte haftet dem Gläubiger, soweit er dem negotiorum gestor ersatzpflichtig sein würde.

IV. Alle aufgeführten Klagen sind prätorische Klagen. Nach Zivilrecht haftet nur der Kontrahent (der Vertreter), haftet niemals der domimus, der paterfamilias, der Machtgeber des Kontrahenten (der Vertretene). Es gibt nach Zivilrecht kein Kontrahieren in fremdem Namen mit Wirkung für den anderen (oben S. 258. 259). Aber der Prätor hat aus der Schuld des Kontrahenten, d. h. des Vertreters (welche von Zivilrechts wegen die einzige bestehende Schuld ist), eine Klage auch gegen den Vertretenen, den dominus bezw. den paterfamilias bezw. den Machtgeber (dominus negotii), gegeben: die vorhin aufgeführten Klagen. Die prätorische Klage war der zivilrechtlichen Klage hinzugefügt (non transfertur actio, sed

---

[8] Die actio quasi institoria oder utilis ad exemplum institoriae tritt jedoch erst bei Papinian auf, und auch bei ihm ist anscheinend noch Voraussetzung, dafs der freie Stellvertreter ein procurator im technischen Sinne (vgl. oben S. 259), d. h. ein im Hause des Geschäftsherrn ständig bestellter Geschäftsführer ist, vgl. z. B. l. 19 pr. D. 14, 3; l. 10 § 5 D. 17, 1. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 227.

adjicitur): beide Teile haften dem Gläubiger, der eine (der Vertreter, d. h. der Kontrahent) nach Zivilrecht (actio directa), der andere (der Vertretene) nach prätorischem Recht (actio utilis). Ein Zusatz in der Klagformel drückt aus, weshalb aus der Schuld des Kontrahenten ein anderer, der nach Zivilrecht gar nicht verpflichtet ist, verklagt und verurteilt wird. Daher die heute übliche Bezeichnung dieser prätorischen Klagen als actiones adjecticiae qualitatis. Eine actio adjecticiae qualitatis ist also die Klage aus dem Kontrakt des (unfreien oder freien) Vertreters gegen den Vertretenen. Die zivilrechtliche Schuld des Vertreters ist der Rechtsgrund für die Klage gegen den Vertretenen[4]. Die Klage ist in jedem einzelnen Fall dieselbe, welche gegen den Kontrahenten selber zuständig sein würde, aber mit dem betreffenden Zusatz (adjecticia qualitas), welcher zugleich die etwa eintretende Beschränkung der Haftung ausdrückt. War also ein Kaufgeschäft abgeschlossen worden, so würde der dritte Verkäufer gegen den Vertretenen (dominus, paterfamilias usw.) mit der actio venditi de peculio oder der actio venditi de in rem verso oder der actio venditi institoria usw. auftreten. Die actio adjecticiae qualitatis ist eine Art der actio utilis.

Das römische Recht ist auf diesem Standpunkt stehen geblieben, daſs aus dem Kontrakt des Vertreters grundsätzlich der Kontrahent (der Vertreter) und nicht der Vertretene haftet, daſs also die Haftung des Vertretenen in allen Fällen eine Haftung aus fremder Schuld (aus der Schuld des Vertreters) sei. Das heutige Recht ist zu dem anderen Satz übergegangen,

---

[4] Die zivilrechtliche Schuldhaftung des Vertreters ist zugleich der Grund, aus welchem (bei Abschluſs eines gegenseitig verpflichtenden Vertrags, z. B. eines Kaufvertrags) die Forderung aus dem Kontrakt auch nach prätorischem Recht grundsätzlich Forderung des Vertreters ist und bleibt. Aus der Forderung des gewillkürten freien Stellvertreters (z. B. des Freien, der als institor verkauft oder gekauft hat) gibt der Prätor dem Geschäftsherrn keine Klage (wenngleich aus der Kaufschuld der Prinzipal prätorisch haftet); nur im Notfall (wenn der Geschäftsherr sonst wegen Insolvenz des Vertreters Schaden leiden würde) wird dem Vertretenen eine actio utilis aus der Forderung des Vertreters zuteil (Aussonderung der Forderung aus der Konkursmasse), l. 1. 2 D. 14, 3; l. 5 D. 46, 5. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S, 223.

dafs der von dem bevollmächtigten Stellvertreter im Namen des Vertretenen abgeschlossene Kontrakt unmittelbar den Vertretenen verpflichtet, der Vertretene also aus eigener Schuld haftet, nicht mehr aus fremder Schuld. Der offen (dem Dritten erkennbar) als Stellvertreter Kontrahierende ist nach unserem Recht gar nicht mehr verpflichtet: Schuldner ist nur der Vertretene (oben S. 260). Klagen nach Art der römischen actiones adjecticiae qualitatis sind daher unserem heutigen Rechte unbekannt. Sie sind durch die Fortentwicklung des Rechts von der Stellvertretung unmöglich und zugleich unnötig geworden.

§ 36 I. de action. (4, 6): Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non solidum, quod debetur nobis, persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus: ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum pater dominusve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit.

§ 1 I. quod cum eo (4, 7): Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur. § 2: Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc locum habet, cum quis servum suum magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernae forte, aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo ejus rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia, qui negotiationibus praeponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones praetor reddit et si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernae aut cuilibet negotiationi praeposuerit, scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

§ 4 eod: Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur.

In rem autem domini versum intellegitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit.

§ 89.

Aufhebung der Forderungsrechte.

Die Aufhebung eines Forderungsrechts erfolgt entweder ipso jure, d. h. von Zivilrechts wegen, oder ope exceptionis, d. h. nur von prätorischen Rechts wegen. Im ersteren Fall erfolgt das Erlöschen des Forderungsrechts (denn das Zivilrecht verfügt über das Dasein der Rechte). Im zweiten Fall erfolgt nur eine Hemmung des Rechts (denn der Prätor verfügt nur über die gerichtliche Geltendmachung der Rechte). Im ersteren Fall kann der Aufhebungsgrund seinerseits nicht wieder aufgehoben werden; es bedarf einer Neubegründung des Forderungsrechts. Im zweiten Fall ist es denkbar, dafs der Hemmungsgrund seinerseits in der Wirksamkeit gehemmt werde, so dafs das alte Forderungsrecht aufs neue geltend gemacht werden kann.

I. Ipso jure wirkende Aufhebungsgründe.

1. Der contrarius actus. Das alte Zivilrecht fordert für die Aufhebung der Schuld rechtsförmliche Zahlung. Die blofse Tatsache, dafs dem Gläubiger das Seine zugekommen ist (die solutio des jus gentium), ist nicht genügend, um die obligatio aufzuheben. Die rechtsförmliche Zahlung aber mufs ein Doppeltes: sie mufs 1. den Gläubiger befriedigen und sodann 2. die Befriedigung des Gläubigers feierlich verlautbaren. Sie mufs also eine Zahlung mit rechtsförmlicher Befreiung des Schuldners sein.

Aus diesem Satz des alten Rechts sind die formalen Aufhebungsgründe des klassischen Zivilrechts hervorgegangen, welche durch die blofse Form der Zahlung (imaginaria solutio) die Befreiung des Schuldners herbeiführen, und zwar durch eine Form, welche die Befreiung des Schuldners mittels der Umkehr des Eingehungsaktes der obligatio (des contrarius actus) rechtsförmlich darstellt.

Hierher gehört zunächst die solutio per aes et libram, welche als nexi liberatio, d. h. als Aufhebung der nexi obligatio (der Schuld aus dem feierlichen Darlehn per aes et libram, oben S. 56) gedacht und gestaltet ist, obgleich sie nicht blofs der feierlichen Darlehnszahlung dient, sondern überhaupt der Zahlung aus der strengen Geldschuld alten Stils (zur Zeit des Gajus nur noch in den Fällen der Judikatsschuld und des Damnationslegats, vgl. Gaj. III, §§ 173—175). Einst war die solutio per aes et libram echte Zahlung. Sie befreite den Schuldner durch das mit libripens und fünf Zeugen dem Gläubiger zugewogene aes und durch die Form, die certa verba nämlich, mit denen der Schuldner selber seine nun eingetretene Befreiung von der Schuld verlautbarte. Durch Einführung des gemünzten Geldes ward die nexi liberatio zur imaginaria solutio, d. h. zu einer blofs symbolischen Zahlung. Zunächst so, dafs sie die Form war, welche zu der (jetzt aufserhalb des Aktes liegenden) Zahlung hinzukommen mufste, um den Schuldner zu befreien[1]. Dann so, dafs die blofse Form der nexi liberatio imstande war, die nexi obligatio, sowie eine ihr gleichgestellte strikte Geldschuld aufzuheben. Die solutio per aes et libram ward zu einer Form nicht blofs der Zahlung, sondern ebenso des Erlasses, durch die solenne Form der Selbstquittung des Schuldners (unter Mitwirkung und also Zustimmung des Gläubigers) den Schuldner befreiend. Die blofse rechtsförmliche Verlautbarung der Schuldlösung (solutio) übte nunmehr selbständig die Rechtswirkung aus, die sie einst nur in Verbindung mit wirklicher Geldzahlung besessen hatte.

Für strengrechtliche Schulden jüngerer Art, die dann neben dem nexum Kraft gewannen, ward die Rechtsförmlichkeit der Zahlung durch formelle Quittung des Gläubigers hergestellt. Auch für diese Quittung (Verlautbarung der Schuldlösung) seitens des Gläubigers ward von der Jurisprudenz das Gesetz des contrarius actus durchgeführt. Ward eine verbis

---

[1] Es war also 1. die Form der nexi liberatio (per aes et libram) und 2. die wirkliche Zahlung nötig. Die blofse Form befreite ursprünglich den Schuldner nicht. Vgl. oben S. 276 Anm. 11.

kontrahierte Schuld (oben § 80) gezahlt, so mufste die Quittung verbis, d. h. durch verbale acceptilatio, ward eine literis kontrahierte Schuld (§ 81) gezahlt, so mufste die Quittung des Gläubigers literis (acceptilatio literis, oben S. 505) formell erteilt werden[2]. Auch hier so, dafs zunächst nur die Summe beider Akte: Zahlung und Quittung (welche zusammen den einen Akt der rechtsförmlichen Zahlung darstellten) den Schuldner befreite, dann später so, dafs die blofse Quittung als imaginaria solutio tilgende Kraft empfing.

So entstand die acceptilatio (verbis bezw. literis), der formale Erlafsvertrag, welcher in der Form der verbalen acceptilatio im klassischen Recht und ebenso im Corpus Juris eine grofse Rolle spielt. Die acceptilatio verbis ist die stipulierte Quittung. Auf Frage des Schuldners bekennt der Gläubiger, das Geschuldete als vom Schuldner geleistet zu haben (quod ego tibi promisi, habesne acceptum? habeo). Diese Worte des Empfangsbekenntnisses heben nach klassischem Recht die Forderung des Gläubigers aus der Stipulation ipso jure auf, weil sie die alte Form der Zahlung darstellen, den contrarius actus für die verbis kontrahierte obligatio. Sie müssen unbedingt und unbetagt lauten (die acceptilatio ist ein actus legitimus, oben S. 249), denn ein Empfangsbekenntnis (das Bekenntnis einer vergangenen Tatsache) kann nicht von einer zukünftigen Tatsache abhängig sein. Aber nach dem Gesetz des contrarius actus kann nur die Verbalobligation, also die Stipulationsschuld, durch solche acceptilatio getilgt werden (wie durch literale acceptilatio nur die Literalschuld, S. 506). Sollen andere Schulden durch acceptilatio verbis getilgt werden, so müssen

---

[2] Die verbale acceptilatio ist älter als die literale, weil die Stipulation älter ist als der Literalkontrakt. An der verbalen acceptilatio scheint zuerst das Gesetz des contrarius actus bewufst entwickelt worden zu sein. Sie ward (mit Frage und Antwort) als Gegenstück zu der verbalen obligatio stilisiert und ist sicher nicht gleichzeitig mit der Stipulation, sondern erst etwas später aufgekommen. Daraus folgt, dafs ursprünglich auch die stipulierte Geldschuld durch solutio per aes et libram getilgt ward, dafs also das Gesetz des contrarius actus nicht schon dem ältesten römischen Recht angehört, sondern erst auf einer fortgeschrittenen Entwickelungsstufe von der (pontifikalen) Jurisprudenz ausgebildet worden ist. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 273 ff.

sie vorher durch Novation (oben S. 495) in eine Stipulationsschuld verwandelt worden sein. Ist eine Generalquittung und völlige Entlastung des Schuldners durch acceptilatio beabsichtigt, so wird das Formular der sogenannten stipulatio Aquiliana (vgl. oben S. 103 Anm. 8) gebraucht, um alle Verpflichtungen des einen gegen den anderen zunächst verbis zu novieren (in Stipulationsschuld zu verwandeln) und sodann verbis zu akzeptoferieren. Die stipulatio Aquiliana war also eine Generalstipulation zum Zweck der Generalakzeptilation.

Die acceptilatio literis ist mit dem Literalkontrakt abgekommen und ist im Justinianischen Recht die acceptilatio verbis daher die einzige Art der Akzeptilation.

Unter den Gesichtspunkt des contrarius actus ist von den römischen Juristen auch die Aufhebung eines Konsensualkontraktes (Kauf, Miete usw.) mutuo dissensu gebracht worden. Solange noch von keiner Seite geleistet ist (re nondum secuta) also lediglich der consensus als obligatorische Tatsache wirkt, kann die consensu kontrahierte obligatio durch mutuus dissensus (contraria voluntate) aufgehoben werden[8].

L. 80 D. de solut. (46, 3) (POMPONIUS): Prout quidque contractum est, ita et solvi debet.

GAJ. Inst. III § 173: Est etiam alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex judicati causa debeatur. § 174: Eaque res ita agitur: adhibentur non minus quam quinque testes et libripens, deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA: HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO SECUNDUM LEGEM PUBLICAM; deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa.

§ 1 I. quib. mod. obl. toll. (3, 29): Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius re-

[8] Vgl. zu dem obigen Erman, Zur Geschichte d. römischen Quittungen und Solutionsacte (1883) sowie in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 20, S. 193 ff. und im Archiv für Papyrusforschung Bd. 1 S. 77 ff. P. Kretschmar, Erfüllung, Bd. 1 S. 4 ff. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 258 ff.

mittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? et Titius respondeat: HABEO. Sed et graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere, ut diximus, tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id, quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci, et per acceptilationem dissolvi.

§ 2 eod.: Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: QUIDQUID TE MIHI EX QUACUMQUE CAUSA DARE FACERE OPORTET, OPORTEBIT, PRAESENS IN DIEMVE QUARUMQUE RERUM MIHI TECUM ACTIO, QUAEQUE ABS TE PETITIO, VEL ADVERSUS TE PERSECUTIO EST, ERIT, QUODQUE TU MEUM HABES, TENES, POSSIDES, POSSIDERESVE, DOLOVE MALO FECISTI, QUOMINUS POSSIDEAS: QUANTI QUAEQUE EARUM RERUM RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI STIPULATUS EST AULUS AGERIUS, SPOPONDIT NUMERIUS NEGIDIUS. ITEM EX DIVERSO NUMERIUS NEGIDIUS INTERROGAVIT AULUM AGERIUM: QUIDQUID TIBI HODIERNO DIE PER AQUILIANAM STIPULATIONEM SPOPONDI, ID OMNE HABESNE ACCEPTUM? RESPONDIT AULUS AGERIUS: HABEO ACCEPTUMQUE TULI.

2. Befriedigung des Gläubigers. Mit dem Eindringen des jus gentium in das jus civile machte sich die schuldtilgende Kraft der tatsächlichen Befriedigung des Gläubigers geltend. Es bedarf später nicht mehr der rechtsförmlichen Zahlung; es genügt die formlose Zahlung und was ihr gleich steht. Die Rechtsform der Zahlung einerseits, die Zahlung selber andererseits gehen ihren besonderen Weg. Der Rechtsform der Zahlung entspringen, wie sich soeben gezeigt hat, die formalen Erlaſsverträge; aus der von ihrer Form befreiten Zahlung aber wird die solutio des klassischen Rechts.

Solutio ist die Leistung des Geschuldeten, mag es sich um eine Darlehnsschuld oder eine Mietschuld oder sonst um eine Schuldverbindlichkeit handeln. Die solutio ist die Erfüllung im sachlichen Sinn und hat gemein befreiende Kraft, nicht bloſs in

bestimmten Fällen, wie die rechtsförmlichen Zahlungshandlungen des alten Zivilrechts. Und zwar befreit sie um ihres Erfolges willen, unabhängig von ihrer äufseren Form. Es ist nicht notwendig, dafs gerade der Schuldner leiste; es kann vielmehr (falls nicht die Natur der Leistung es verbietet) auch von jedem Dritten anstatt des Schuldners geleistet werden. Es ist ferner nicht notwendig, dafs gerade dem Gläubiger geleistet sei. Es kann mit gleicher befreiender Wirkung auch an einen anderen geleistet werden, z. B. an den Gläubiger des Gläubigers oder an den solutionis causa adjectus (an welchen zu leisten der Gläubiger dem Schuldner verstattet hat)[4]. Es ist ferner nicht notwendig, dafs dem Gläubiger genau das Geschuldete geleistet werde. Ist der Gläubiger damit einverstanden, so tritt der gleiche befreiende Erfolg ein, wenn ihm etwas anderes anstatt des Geschuldeten geleistet wird (sogenannte datio in solutum, Hingabe an Erfüllungsstatt)[5].

Die als contrarius actus stilisierte solutio der alten Zeit war was ihr Name sagte, nämlich „Lösung" (me a te solvo liberoque), Befreiung des Schuldners von der Haftung mit seinem Leibe, welche die Folge der Schuldverbindlichkeit war.

---

[4] Der solutionis causa adjectus ist derjenige, an welchen der Schuldner zu zahlen laut Vertrages berechtigt ist; der Nebengläubiger dagegen, z. B. der adstipulator (oben S. 501), ist ein Dritter, an welchen zu zahlen der Schuldner gleichfalls verpflichtet ist. Der solutionis causa adjectus kann gegen den Schuldner nicht klagen, wohl aber der adstipulator. Die Stellung eines solutionis causa adjectus hat heute z. B. der Inhaber eines Legitimationspapieres (vgl. B.G.B. § 808), der Überbringer einer Quittung (B.G.B. § 370). — Die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers ist nach dem B.G.B. (anders als nach römischem Recht, vgl. l. 11 § 5 D. 13, 7) keine Erfüllung mehr, sondern Geschäftsführung: mit dem Geschäftsführungsanspruch auf Ersatz mufs gegen den eignen Gläubiger aufgerechnet werden.

[5] Wird dem Gläubiger die an Erfüllungsstatt gegebene Sache evinziert, so galt nach der Lehre der Prokulejaner die datio in solutum als kraftlos, Gläubiger konnte also seine alte Forderung geltend machen, auch gegen Pfand und Bürgen (vgl. l. 46 pr. D. 46, 3); nach der Lehre der Sabinianer (vgl. l. 24 pr. D. 13, 7), ebenso nach B.G.B. § 365, bleibt die datio in solutum in Kraft, aber Gläubiger hat gegen den Schuldner den Gewährleistungsanspruch eines Käufers. Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 1382. P. Kretschmar, Erfüllung, Bd. 1, S. 51 ff.

Darum fällt in der Rechtsform der Zahlung das Hauptgewicht nicht auf die Leistung, sondern auf die Klarstellung, daſs das Gläubigerrecht erloschen ist. Die formfreie solutio des jüngeren Rechts aber ist Erfüllung, nämlich Erfüllung dessen, was dem Schuldner zu tun obliegt, sei es eine Geldleistung, eine Sachleistung oder eine sonstige Leistung (facere oder non facere), vgl. B.G.B. § 362. Darum fällt jetzt alles Gewicht auf die Leistung, auf die Befriedigung des Gläubigers. Das Wesen der Obligation hat sich geändert. Das Schuldverhältnis der alten Zeit erschöpfte sich in einem Haftungsverhältnis. Der Schuldner war körperlich einer personenrechtlich wirkenden Gewalt des Gläubigers ausgesetzt: er ward frei durch seine Leistung. Erst im jüngeren römischen Recht ist die Obligation das geworden, was sie noch heute ist, ein Pflichtverhältnis, welches Haftungswirkungen für das Vermögen mit sich führt, aber inhaltlich sich an die freie Persönlichkeit des Schuldners wendet: der Schuldner erfüllt durch seine Leistung[6].

Ist die Person des Gläubigers ungewiſs (z. B. bei streitigem Erbgang, l. 1 § 37 D. 16, 3) oder besteht sonst in der Person des Gläubigers ein Hindernis der Erfüllung (z. B. durch Annahmeverzug), so kann der Schuldner sich durch Hinterlegung des Geschuldeten für den Gläubiger befreien. Zunächst scheint als genügend erachtet zu sein, daſs der Schuldner bei sich selber deponierte (l. 7 D. 22, 1); das jüngere Recht fordert Hinterlegung „tuto in loco“ (l. 28 § 1 D. 26, 7), „in publico“, d. h. bei einer öffentlichen Stelle (l. 19 C. 4, 32). Gemeinrechtlich ward daraus Deposition bei Gericht. Jetzt gilt B.G.B. §§ 372 ff.: Geld, Urkunden, Kostbarkeiten können bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegt werden. Ergänzend gilt für bewegliche Sachen das Recht des Selbsthilfeverkaufs (§§ 382 ff.), für Grundstücke unter Umständen das Recht der Besitzaufgabe (§ 303).

pr. I. quib. mod. toll. obl. (3, 29): Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, vel si quis, consentiente cre-

---

[6] Der Text folgt den geistvollen Ausführungen von P. Kretschmar, Erfüllung, Bd. 1, insbesondere S. 21 ff. 123 ff. In ähnlicher Richtung bewegen sich die auf das heutige Recht bezüglichen Ausführungen von Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis (1903) und in Jherings Jahrb. Bd. 50, S. 55 ff. Vgl. oben § 73.

ditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit. Non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

3. Aufser durch rechtsförmlichen Tilgungsakt und sachliche Befriedigung des Gläubigers wird die Obligation ipso jure aufgehoben durch Erledigung ihres Inhalts: ihr Zweck wird anderweitig erreicht oder er kann nicht mehr erreicht werden. Unter den ersteren Gesichtspunkt fallen Novation und concursus causarum lucrativarum; der letztere Fall liegt vor bei Unmöglichwerden der Erfüllung.

Die römische Novation ist die Verwandlung einer bestehenden Schuld in eine neue Stipulationsschuld (oben S. 495). Die Novationsstipulation ist ganz regelmäfsig eine kausale, d. h. sie nimmt auf den Inhalt der alten Schuld Bezug (S. 500). Die alte Schuld wird nicht befriedigt, sondern erledigt: sie hat keinen Zweck mehr, sobald ihr Inhalt in die neue Stipulationsschuld eingegangen ist (ihr Zweck wird durch die Stipulationsschuld erreicht werden). Darum war nach klassischem Recht der animus novandi (die Absicht, das alte Schuldverhältnis durch die Stipulation aufzuheben) selbstverständlich. Nach justinianischem Recht aber tritt im Zweifel die neue Stipulationsschuld der alten Schuld zur Seite (die Stipulation ist im Zweifel akzessorische Stipulation); es bedarf der deutlichen Erklärung des animus novandi, damit die Stipulation Novationsstipulation sei (l. 8 C. 8, 41): voluntate solum esse, non lege novandum.

Sogenannter concursus causarum lucrativarum liegt vor, wenn ein dem Stück nach bestimmter unentgeltlich (aus Vermächtnis, Schenkungsversprechen) geschuldeter Gegenstand anderweitig unentgeltlich erworben wird. Das Schuldverhältnis ist damit erledigt: sein Zweck ist anderweitig erreicht. Vgl. oben S. 452.

§ 3 I. eod.: Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si id, quod tu Sejo debeas, a Titio dari stipulatus sit . . . Sed, cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi

animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere.

L. 17 D. de O. et A. (44, 7) (JULIAN.): Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.

Unmöglichwerden der Erfüllung kann mit befreiender Wirkung eintreten durch vom Schuldner nicht zu vertretenden casus, z. B. Untergang der Sache, und durch confusio, d. h. durch Zusammentreffen der Gläubiger- und Schuldnereigenschaft in derselben Person, z. B. infolge Erbgangs. In beiden Fällen ist der Zweck der Obligation nicht mehr erreichbar, und geht die Forderung, soweit die Wirkung von casus und confusio reicht, in der Regel ipso jure zugrunde[7].

L. 33 D. de V. O. (45, 1) (POMPONIUS): Si Stichus certo die dare promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor.

L. 95 § 2 D. de solut. (46, 3) (PAPINIAN.): Aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem.

II. Ope exceptionis wirkende Aufhebungsgründe.

---

[7] Im Fall der Korrealschuld (Gesamtschuld) wirkt die confusio (der Gläubiger beerbt einen Gesamtschuldner) auf das Gesamtschuldverhältnis der übrigen grundsätzlich nicht ein (vgl. oben S. 455), P. Kretschmar, Theorie der Konfusion (1899) S. 168 ff. (anders nach B.G.B. § 429, 2 im Fall der Gesamtgläubigerschaft). — Auch die zufällige Unmöglichkeit (casus) hat keine schuldaufhebende Wirkung, wenn der Schuldner den casus zu vertreten hat, sei es kraft Vertrages (der Schuldner übernimmt die Haftung) sei es kraft Gesetzes (vgl. z. B. oben S. 470). Der allgemeine Satz: Impossibilium nulla obligatio (l. 185 D. 50, 17) ist von den Römern für die Stipulation ausgebildet worden; für die freien Kontrakte hatte er keine Geltung, da hier die bona fides im Umkreis der culpa, zum Teil noch darüber hinaus die Haftung des Schuldners im Fall der Unmöglichkeit forderte (oben S. 466 ff.). Vgl. Rabel, Unmöglichkeit der Leistung in der Festschrift für E. J. Bekker (1907).

1. Das pactum de non petendo, d. h. der formlose Erlafsvertrag, wird vom prätorischen Recht als allgemeiner Aufhebungsgrund der Obligation behandelt, aus welchem Grunde dieselbe auch entstanden sei, während die formalen Erlafsverträge des Zivilrechts nur nach dem Gesetz des contrarius actus wirksam sind (oben I 1), die acceptilatio (verbis) also nur die Stipulationsschuld aufzuheben imstande ist. Wird aus einem bonae fidei negotium geschuldet, so bewirkt ein Nachlafsvertrag allerdings auch nach Zivilrecht (ipso jure), dafs aus dem bonae fidei negotium nichts mehr gefordert werden kann, weil die Forderung einer erlassenen Leistung der bona fides widersprechen würde; aber der Erlafsvertrag wirkt hier nicht als solcher um des Erlasses willen, sondern er wirkt, gleich einer Reihe von anderen unzählbaren Umständen, lediglich um der bona fides willen. Auch die Strafklage wegen Diebstahls (actio furti) oder Beleidigung (actio injuriarum) wird durch pactum de non petendo nach Zivilrecht (ipso jure) ausgeschlossen (l. 17 § 1 D. 2, 14): die persönliche Kränkung ist durch das pactum ausgeglichen. Handelt es sich aber um ein stricti juris negotium, so ist der Erlafsvertrag (sofern er nicht die Erfordernisse des contrarius actus erfüllt) nach Zivilrecht unwirksam; der Schuldner mufs dennoch zahlen, denn der Erlafsvertrag ist als solcher dem Zivilrecht unbekannt. Der Prätor aber gibt dem Beklagten exceptio pacti de non petendo: nach prätorischem Recht ist der Erlafsvertrag als solcher wirksam. Seine Wirksamkeit kann durch Bedingung und Termin beliebig beschränkt werden (während die acceptilatio nur unbedingt und unbetagt möglich ist, oben S. 562). Auch kann später ein neues Übereinkommen unter den Parteien dahin geschlossen werden, dafs doch gezahlt werden solle (pactum de petendo). Dann wird die exceptio pacti de non petendo durch replicatio pacti de petendo entkräftet, so dafs also dennoch aus der ursprünglichen Forderung wirksam geklagt werden kann. Das pactum de non petendo, weil nur nach prätorischem Recht wirksam, erzeugt eine blofse Hemmung der Obligation und daher einen Aufhebungsgrund, welcher seinerseits aufhebbar ist. Dem B.G.B. (§ 397) ist, ebenso wie bereits dem gemeinen Recht, der Gegensatz zweier Erlafsverträge (acceptilatio und pactum de non

petendo) unbekannt. Es gibt nur **einen** Erlafsvertrag, der das Schuldverhältnis ipso jure zum Erlöschen bringt. Einer Form bedarf es nicht, sondern nur der Annahme des Erlasses durch den Schuldner (einseitiger Gläubigerverzicht ist unwirksam), die in der Regel ausdrücklicher Erklärung nicht bedarf. Dem Erlafsvertrag gleichwertig ist der sogenannte negative Anerkennungsvertrag (B.G.B. § 397, 2). Vom Erlafsvertrag zu unterscheiden ist der Stundungsvertrag (römischrechtlich ein betagtes pactum de non petendo), welcher nicht die Aufhebung des Schuldverhältnisses, sondern nur die Hinausschiebung des Zahlungstermins zum Inhalt hat.

§ 3 I. de except. (4, 13): Praeterea debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit: SI PARET EUM DARE OPORTERE. Sed, quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

2. Die **Kompensation**, d. h. die Aufrechnung mit einer gleichartigen Gegenforderung[8], mufste bei **bonae fidei judicia** in gewissen Grenzen schon nach Zivilrecht (ipso jure) als zulässig erscheinen. Es widersprach der bona fides, den Beklagten zu verurteilen, soweit der Kläger ihm aus **demselben** Kontrakt (ex eadem causa) Gleichartiges seinerseits zu leisten hatte. Aber es war auch hier nicht ein Kompensations**recht** des Beklagten, welches vom Zivilrecht als solches anerkannt worden wäre. Vielmehr stand es durchaus im Ermessen des judex, ob ihm eine

[8] In der Geschichte der Kompensation ist vieles unsicher. Unter der älteren Literatur ragen hervor einerseits Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation (2. Aufl. 1868), andererseits Eisele, Die Kompensation (1876). Zusammenfassend: E. Stampe, Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium (1886). Neue Gesichtspunkte hat gebracht: Appleton, Histoire de la compensation en droit romain (Annales de l'université de Lyon) Paris 1895. Dazu nehmen Stellung: Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation, 1897. F. Leonhard, Die Aufrechnung, 1897. R. Leonhard in Paulys Realenzyklopädie s. v. compensatio. H. Siber, Kompensation und Aufrechnung, 1899. Wertvolle weitere Förderung bedeutet insbesondere: P. Kretschmar, Über die Entwickelung der Kompensation im römischen Rechte (1907), dessen Ergebnisse der Text im folgenden zu verwerten sucht.

solche Kompensation im Einzelfall statthaft dünkte[9], und war es also nur die eigentümliche Beschränkung des klägerischen Rechts bei bonae fidei judicia (nur das fordern zu dürfen, was der bona fides entsprechend ist), womit jene Beschränkung der beklagtischen Kondemnation nach Zivilrecht (kraft und nach Mafsgabe des officium judicis) in solchen Fällen gegeben war. Der aus einem bonae fidei negotium Belangte ward mit Rücksicht auf seine aus demselben Kontrakt entspringende Gegenforderung gemäfs dem Zivilrecht absolviert (oder zu weniger verurteilt) nicht um eines dem Beklagten zuständigen Kompensationsrechts willen, sondern lediglich um der (das officium judicis regierenden) bona fides willen.

Der Mangel eines beklagtischen Kompensationsrechts zeigte sich sofort bei den stricti juris actiones. Der Beklagte ward nach Zivilrecht aus dem Darlehn kondemniert, wenn er auch seinerseits eine ebenso grofse Kapitalgegenforderung gegen den Kläger geltend zu machen imstande war[10]. Aber der Prätor machte das Dasein einer kompensablen Gegenforderung auch für die actiones stricti juris erheblich.

Für zwei Sonderfälle bildete sich bald eine feste Praxis. Dem Bankier (argentarius), der seinen Kunden verklagte, gab der Prätor die actio stricti juris nur cum compensatione, d. h. nur auf den Überschufs (den Saldo), den Kläger mehr vom Beklagten zu fordern hatte als dieser von ihm. Der Bankier, dem ja eine genaue Kenntnis der zwischen ihm und seinem Kunden vollzogenen Zahlungen und Gegenzahlungen (wie heute im Kontokorrentverhältnis) zugemutet werden konnte, ward genötigt, selber die Kompensation (Subtraktion) vorzunehmen. Die intentio (die Bedingung der Kondemnation) ward dahin gefafst, dafs dem Kläger diese bestimmte Summe als Mehrbetrag (amplius quam ipse Titio debet) gebühre. Ergab sich in

---

[9] Gaj. IV § 63 (Studemund ed. 2): Liberum est tamen judici (bei bonae fidei judicia) nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.

[10] Bei stricti juris negotia ist wegen ihrer Natur als lediglich einseitig verpflichtender Geschäfte keine Gegenforderung ex eadem causa, sondern immer nur eine Gegenforderung ex dispari causa möglich.

judicio, dafs das in der intentio angegebene Plus von dem wirklichen Mehrbetrag nicht genau erreicht wurde, so ward der Kläger wegen pluspetitio vom judex mit seiner Klage gänzlich abgewiesen und das Klagrecht war konsumiert. Der andere Sonderfall war der des bonorum emtor, d. h. des Käufers einer Konkursmasse (oben S. 334). Der bonorum emtor war nach prätorischem Recht (vgl. Gaj. IV § 35) aus den zur Konkursmasse gehörigen Forderungen voll klagberechtigt, während er seinerseits den Konkursgläubigern nur Prozente ihrer Forderung schuldete. Wie aber wenn der Schuldner der Konkursmasse zugleich Konkursgläubiger war? Dann mufste der aus seiner Schuld belangte Konkursgläubiger zur kompensationsweisen Geltendmachung seiner vollen Gegenforderung berechtigt sein. Der Prätor gab darum in solchem Fall dem bonorum emtor die Klage, auch die actio stricti juris, nur cum deductione. Hier blieb, da von dem bonorum emtor eine genaue Kenntnis der gegnerischen Forderung nicht verlangt werden konnte, die intentio unverändert auf den ganzen Betrag gerichtet (der bonorum emtor brauchte also nicht selbst zu kompensieren), aber die condemnatio empfing einen Zusatz, durch welchen der judex angewiesen ward, den Beklagten nur „unter Abzug“ dessen zu verurteilen, was dieser seinerseits als Konkursgläubiger zu fordern hatte. Die deductio wirkte auf die Höhe der Kondemnation (der judex kompensierte), aber der bonorum emtor war der Gefahr der pluspetitio (und gänzlicher Abweisung) bei Vorhandensein der beklagtischen Gegenforderung nicht ausgesetzt. Das agere cum compensatione bedingte die Kondemnation durch Selbstkompensation des Klägers; das agere cum deductione minderte die Kondemnation (die condemnatio der formula cum deductione lautete auf ein incertum auch bei certa intentio) durch richterliche Kompensation. Vgl. Gaj. IV §§ 64—68.

In anderen Fällen ging der Prätor nach Ermessen vor. Er gab dem mit actio stricti juris Belangten, der in jure (vor Erteilung der formula) eine inhaltlich aufrechnungsfähige (gleichartige) Gegenforderung vorbrachte, unter Umständen eine exceptio in factum, d. h. er gewährte eine im Edikt nicht proponierte, dem konkreten Tatbestand angepafste Ausnahme vom

Kondemnationsbefehl[11]. Der Kläger ward also, wenn der Tatbestand der exceptio in judicio als richtig sich erwies, mit seiner Klage abgewiesen. Der Erfolg der exceptio war nicht Kompensation, sondern Absolution ohne Rücksicht auf die Höhe der Gegenforderung. Auch der Prätor gab der actio stricti juris gegenüber keine Kompensationseinrede in unserem Sinn. Er übte nur einen indirekten Zwang auf den Kläger, dafs dieser vor Erteilung der formula auf das Kompensationsbegehren des Beklagten eingehe, um nicht die ganze Forderung zu verlieren. Vor allem: die exceptio in factum bedeutete, dafs die Berücksichtigung der Gegenforderung ganz vom Ermessen des Prätors im Einzelfall abhing. Auch nach prätorischem Recht gab es noch keinen allgemeinen Grundsatz, welcher der actio stricti juris gegenüber die Berufung auf eine Gegenforderung zuliefs.

Den Fortschritt bewirkte hier ein Reskript von Mark Aurel. Der Kaiser entschied, dafs im Fall der actio stricti juris auf Grund einer kompensablen Gegenforderung die exceptio doli (generalis, oben S. 323) zuständig sei. Damit war das Eis gebrochen. Nach Kaiserrecht war es jetzt grundsätzlich eine Unbilligkeit, wenn der mit actio stricti juris Klagende die Berücksichtigung einer aufrechnungsfähigen Gegenforderung verweigerte. Dem Beklagten war damit ein Kompensationsrecht zugesprochen auch bei mangelndem rechtlichem Zusammenhang der Forderung mit der Gegenforderung (ex dispari causa): bei der actio stricti juris, folgerichtig also auch bei der actio bonae fidei. Es kam nur darauf an, das prozessuale Verfahren so zu gestalten, dafs auch das Interesse des Klägers gewahrt, d. h. der Gegenforderung blofse Kompensationswirkung gegeben wurde. Das war leicht bei den Klagen mit intentio incerta, also wie bei allen actiones bonae fidei, auch bei der condictio incerti. Hier genügte ohne weiteres die exceptio doli: sie wirkte Herabsetzung des dem Kläger zukommenden quidquid auf das der Billigkeit entsprechende Mafs, also um den Betrag der Gegenforderung[12]. Anders bei der condictio certi. Wenn

---

[11] Ein Beispiel in l. 4 § 8 D. de doli mali exc. (44, 4). Dazu P. Kretschmar a. a. O. S. 8 ff.

[12] Auf die Fälle der intentio incerta bezieht sich die Äufserung des Paulus in l. 22 pr. D. de except. (44, 1): exceptio est condicio, quae modo

hier einfach exceptio doli gegeben ward, ergab sich bei begründetem Kompensationsbegehren stets die völlige Abweisung des Klägers, denn die Klage mit intentio certa führt grundsätzlich die condemnatio certi mit sich und kennt darum im Prinzip nur völlige Gewährung oder völlige Versagung der Kondemnation. Sollte auf Grund der exceptio doli auch in den Fällen der condictio certi Kompensationswirkung erreicht werden, so war es nötig, dafs an die Stelle der Klage mit intentio certa eine Klage mit intentio incerta gesetzt ward So ist es denn auch geschehen[13]. Berief sich in jure der Beklagte auf eine Gegenforderung, um mit ihr gegenüber einer condictio certi zu kompensieren, während der Kläger die Kompensation ablehnte (etwa weil er die Gegenforderung bestritt), so konnte die Kompensationsfrage dadurch zur richterlichen Entscheidung gebracht werden, dafs Kläger und Beklagter über die beiderseitigen Ansprüche Novationsstipulationen mit formula incerta (etwa: quidquid ex causa condictionis dare facere oportet vgl. l. 29 § 1 D. 45, 1) abschlossen und Kläger sodann auf Grund dieser Stipulation eine actio mit intentio incerta erbat, in deren Formel für den Beklagten die exceptio doli eingesetzt wurde. Es war dem Prätor leicht, den Kläger zu solchem Verfahren zu nötigen: wollte Kläger auf die Novationsstipulation nicht eingehen, so bekam er die formula mit intentio certa, aber zugleich mit exceptio doli, so dafs er Gefahr lief, seinen Anspruch gänzlich einzubüfsen. Berief sich also der Beklagte in jure auf eine Gegenforderung, so war auch im Fall der actio stricti juris der Weg gebahnt, durch exceptio doli die Kompensation durch den judex zu ermöglichen. Ergänzend bestimmten kaiserliche Konstitutionen, dafs, falls Beklagter aus seiner Gegenforderung Widerklage erhebe, die Vollstreckung des erstgefällten Urteils bis zur Fällung des Urteils über die zweite

---

eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. Vgl. Appleton p. 349. 375. Siber S. 9. 12. Die Ansicht Dernburgs, dafs auch bei intentio certa die exceptio doli kondemnationsmindernd (also Kompensation vermittelnd) habe wirken können, ist heute als überwunden anzusehen. Dagegen insbesondere Eisele S. 61 ff. Appleton p. 338 ff.

[13] Das ist es, was Kretschmar S. 26 ff. 38 ff. wahrscheinlich gemacht hat.

Klage auszusetzen sei (l. 1 § 4 D. 49, 8)[14]. Durch die Widerklage konnte Beklagter also seine Gegenforderung zugleich liquid stellen und sie (vermöge der condemnatio pecuniaria) in eine aufrechnungsfähige Geldforderung verwandeln.

Das ist der Stand, den das klassische Recht erreicht hat. Als dann seit dem Ausgang des 3. Jahrhunderts der Formularprozefs dem Kognitionsverfahren wich, blieben zwar zunächst, wie es scheint, die Überlieferungen der klassischen Zeit auch auf dem Gebiet des Kompensationsrechts lebendig. Erhielten sich doch auch jetzt noch im Prozefs Erinnerungen an die formula (oben S. 347). Aber das neue Verfahren gestattete, die Schwierigkeiten, welche die formula mit certa intentio bereitet hatte, ohne Mühe zu beseitigen. Das tat Justinian durch seine Gesetzgebung. Er hob die Unterschiede der Klagansprüche in bezug auf das Kompensationsverfahren auf. Er bestimmte die allgemeine Zuständigkeit des Kompensationsrechts, und zwar mit blofser Kompensationswirkung, jedem Anspruch, auch dem mit dinglicher Klage geltend gemachten gegenüber (sofern mit der dinglichen Klage Schadensersatz gefordert wird). Nur bestimmte Fälle, insbesondere die actio depositi directa (wobei vor allem an das depositum irregulare, oben S. 482, zu denken ist), blieben ausgenommen (das B.G.B. §§ 393—395 hat diese Ausnahme nicht mehr, aber andere Ausnahmefälle). Ob die Gegenforderung ex eadem oder ex dispari causa hervorgeht, ist gleichgültig. Voraussetzung des Kompensationsrechts ist nur, dafs sie gleichartig, fällig, dem Beklagten gegen den Kläger zuständig[15] und liquid ist (d. h. ihr Beweis darf keine Ver-

---

[14] Auf die geschichtliche Bedeutung dieser „sacrae constitutiones" hat insbesondere Appleton aufmerksam gemacht. Im Corpus Juris ist von diesem Stück des Kaiserrechts wenig sichtbar geblieben, weil Justinian diese Vorschrift wieder beseitigte (vgl. den Text).

[15] Doch hat der Bürge nach römischem Recht die Kompensationseinrede auf Grund einer Gegenforderung des Hauptschuldners (l. 5 D. 16, 2), ebenso der Korrealschuldner auf Grund einer Gegenforderung des ihm regresspflichtigen Mitschuldners (l. 10 D. 45, 2). Anders in beiden Fällen das B.G.B. § 770, 2; 422, 2. Dafs der Schuldner auf Grund einer Gegenforderung gegen den Zedenten den Aufrechnungseinwand auch gegen den Zessionar hat (vgl. B.G.B. § 406), beruht auf der Natur der Zession als eines abgeleiteten Erwerbsgrundes, vgl. oben S. 553.

zögerung des Prozesses verursachen). Die letztgenannte (dem B.G.B. fremde) Voraussetzung beruht auf einer erst von Justinian getroffenen Bestimmung (die sacrae constitutiones über den Aufschub der Vollstreckung bis zum Urteil über die Widerklage wurden damit aufgehoben): dem Kompensationsrecht sollte eine feste Grenze gesteckt werden. Das Verfahren aber setzt dem Kompensationsrecht keinerlei Schranken mehr. Nach dem justinianischen Recht kann die Kompensationseinrede (wie früher im bonae fidei judicium) ohne Rücksicht auf die Art der Klage zu jeder Zeit im Prozefs geltend gemacht werden. Es bedarf auch im Fall der actio stricti juris nicht mehr ihres Vorbringens gleich bei Einleitung des Verfahrens, weil ihre Berücksichtigung jetzt allgemein durch das officium judicis geboten ist. Justinian hat die Kompensationseinrede zu einem im prozessualischen Sinn ipso jure wirkenden (keiner besonderen Anweisung an den judex bedürfenden) Verteidigungsgrund gemacht (l. 14 C. 4, 31).

Auch privatrechtlich hat das ipso jure compensari in gewissem Sinne sich durchgesetzt. Die vollzogene Kompensation hat rückwirkende Kraft. Es wird nunmehr so angesehen, als ob die Forderungen, soweit sie sich decken, schon in dem Augenblick ihres Gegenübertretens erloschen wären (ebenso B.G.B. § 389). Das hat Bedeutung insbesondere für den Zinsenlauf: auch wenn die Gegenforderung unverzinslich ist, werden von Fälligkeit der Gegenforderung an Zinsen von beiden Seiten nicht mehr geschuldet. Insofern wirken beide Forderungen ipso jure entkräftend aufeinander. Schon die klassische Jurisprudenz hat diesen Satz ausgebildet, und zwar zunächst wie es scheint für den Fall gegenseitiger Forderungen unter Gesellschaftern. Das Kaiserrecht und dementsprechend das Recht des Corpus Juris hat dann den Satz verallgemeinert. Aber trotz dieses ipso jure compensari bewirkt die Entstehung der Gegenforderung als solche nur eine vorläufige Bindung und Entkräftung der anderen Forderung, nicht unmittelbar die Aufhebung derselben. Damit die Bindung zur Aufhebung werde, ist Vollzug der Kompensation durch Vertrag der Parteien oder durch den Richter (auf Grund der Kompensationseinrede im Prozefs) notwendig. In beiden Fällen wird dann endgültig die eine Forderung an

und durch die andere gebunden und damit aufgehoben. Bevor die endgültige Bindung erfolgt ist, kann die vorläufige Bindung durch Zahlung der einen Schuld, auch durch Kompensation mit einer anderen Gegenforderung rückgängig gemacht werden. So bedeutet die Gegenforderung immer nur einen ipso jure wirkenden Kompensationsgrund, welcher sofort die Kraft des gegnerischen Forderungsrechts zugunsten des Schuldners lähmt, — eine Wirkung, die durch andere Vorgänge wieder rückgängig gemacht werden kann —, niemals aber einen ipso jure wirkenden Aufhebungsgrund. Die Aufhebung infolge der Gegenforderung erfolgt nicht ipso jure, sondern immer erst durch den Vertrag oder das richterliche Urteil — und diese aufhebende Wirkung tritt als solche in klassischer Zeit nur kraft praetorischen Rechts ein (ope exceptionis), nicht ipso jure nach Zivilrecht. Im justinianischen Recht ist der Gegensatz des honorarischen und des zivilen Rechts verschwunden. Aber auch hier wirkt die Gegenforderung privatrechtlich keine Aufhebung der anderen Forderung ipso jure, sondern nur einen Hemmungsgrund, welcher erst durch Vertrag oder Urteil in einen Aufhebungsgrund sich verwandelt.

Anhang. Das Aufrechnungsrecht des B.G B. beruht im wesentlichen auf den römischen Grundlagen. Nur dafs nach dem B.G.B. privatrechtlich zur Vollziehung der Aufrechnung, anders als nach römischem Recht, die einseitige Aufrechnungserklärung des einen Teils genügt (B.G B. § 388), dafs es also auch aufserhalb des Prozesses eines Vertrages mit dem Gegner nicht bedarf.

L. 1 D. de compensat. (16, 2) (Modestinus): Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

L. 21 eod. (Paulus): Posteaquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

L. 11 eod. (Ulpian.): Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

§ 30 I. de act. (4, 6): In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is,

cum quo actum est, condemnari debeat[16]. Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascumque; excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

3. Über die Aufhebung der Forderung durch litis contestatio vgl. oben S. 332. 456.

Die capitis deminutio, auch die minima, hob nach Zivilrecht die zivilen Kontrakts- und Quasikontraktsschulden des capite minutus auf. Der Prätor machte diesen Untergang der Forderungsrechte unschädlich, indem er den Gläubigern gegen die capitis deminutio minima in integrum restitutio erteilte; im Fall der capitis deminutio media und maxima gab er eine utilis actio in eos, ad quos bona eorum pervenerunt (l. 2 pr. D. 4, 5). Vgl. oben S. 205 und unten S. 613 Anm. 2.

L. 2 § 1 D. de cap. min. (4, 5): Ait Praetor: QUI QUAEVE POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMVE SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTAE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE PERINDE, QUASI ID FACTUM NON SIT, JUDICIUM DABO.

---

[16] In der Vorlage (GAJ. IV, § 61), welche bei Abfassung dieser Stelle benutzt wurde, hiefs es: [In quo et illud] continetur, ut, habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare. Nach klassischem Recht war, wie oben bemerkt, die kraft der bona fides (im bonae fidei judicium) stattfindende Kompensation auf Gegenforderungen aus dem nämlichen Kontrakt beschränkt. Nach Justinianischem Recht ist es gleichgültig, aus welchem Rechtsgrunde die Gegenforderung entspringt.

Drittes Buch.

Familien- und Erbrecht.

Erstes Kapitel.

Das Familienrecht.

§ 90.

Einleitung.

Die Familienverhältnisse sind, soweit sie durch rechtliche Regelung den Charakter von Rechtsverhältnissen empfangen, Gewaltverhältnisse: die eine Person in gewissen Grenzen der Willkürherrschaft einer anderen Person, d. h. einer privatrechtlichen Herrschaft unterordnend. Die Familiengewalt bedeutet Subordination, nicht bloſse Obligation. Sie ist eine Gewalt über freie Personen, sie mindert die Freiheit des Gewaltunterworfenen: dem Gewalthaber ist ein gewisses Maſs eigennütziger Gewalt (frei zu handhabender Macht) zuständig. Die Familie ist noch heute ein Gebiet privater persönlicher Herrschaft (oben S. 25). Die Familienverhältnisse wirken wie auf die Person so auf das Vermögen (des Gewaltunterworfenen). Mit dem sogenannten reinen Familienrecht (dem Recht der Familiengewaltverhältnisse) verbindet sich das Familiengüterrecht (das Recht der Familienvermögensverhältnisse).

Die Familie erzeugt dreierlei Gewaltverhältnisse und dementsprechend dreierlei Arten von Vermögensverhältnissen: das eheliche Verhältnis (mit dem ehelichen Güterrecht), das väterliche Verhältnis (mit dem väterlichen Güterrecht), das vormund-

schaftliche Verhältnis (mit dem vormundschaftlichen Güterrecht).
Das Familienrecht zerfällt daher in drei Teile: Eherecht, Recht der patria potestas, Recht der Vormundschaft.

Vorauszuschicken ist im folgenden die Lehre von dem Begriff und der Gliederung der Familie, um damit die Grundlage des gesamten Familienrechts zu gewinnen.

§ 91.
Die Familie.

I. Der Begriff der Familie. Die Familie im Sinn des römischen Zivilrechts ist die Agnatenfamilie, d. h. die Gesamtheit aller, welche durch die Gemeinschaft der patria potestas miteinander verbunden sind[1]. Agnaten sind alle diejenigen, welche unter derselben patria potestas stehen oder stehen würden, falls der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Die Blutsverwandtschaft ist nicht genügend, um die Agnation hervorzubringen. Die Mutter ist als solche nicht Agnatin ihrer leiblichen Kinder, sondern nur dann, wenn sie (die Mutter) infolge der Ehe in die manus, d. h. in die patria potestas ihres Ehemannes, eingetreten, also durch die Gemeinschaft der patria potestas mit ihren Kindern verwandt ist: sie ist dann die agnatische Schwester ihrer Kinder. Ferner: die Enkel von der Tochter sind nicht agnatisch mit dem Grofsvater verwandt, weil sie in die patria potestas ihres Vaters (bezw. des väterlichen Grofsvaters, vgl. oben S. 200) fallen, also mit dem Grofsvater mütterlicher Seite nicht durch das Mittel der patria potestas zusammenhängen. Umgekehrt ist die Blutsverwandtschaft für das Dasein der Agnation nicht notwendig. Überall da, wo durch Adoption, in manum conventio die patria potestas kraft Rechtsgeschäftes künstlich entsteht, wird zugleich die Agnation nicht blofs mit dem Adoptierenden, dem Ehemann, sondern auch

[1] Ursprünglich war den Römern familia ein vermögensrechtlicher Begriff. Familia hiefs das Hauswesen, und zwar als Inbegriff der den Grundstock der römischen Wirtschaft bildenden Sachen: der res mancipi (an erster Stelle war familia die Sklavenschaft), vgl. oben S. 361. Von dem Haus im sachlichen Sinn ist der Ausdruck dann auf das „Haus" im personenrechtlichen Sinn, d. h. auf die Agnatenfamilie, übertragen worden. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 79 ff.

mit der ganzen übrigen agnatischen Verwandtschaft des neuen Anverwandten begründet, weil die Gemeinschaft der patria potestas der nach Zivilrecht für die Verwandtschaft allein entscheidende Umstand ist.

Die zivilrechtliche Familie der Agnaten stellt die Hausgenossenschaft dar. Die Gemeinschaft der patria potestas, welche entweder wirklich noch besteht oder doch idealerweise in ihren Wirkungen fortlebt, bedeutet die Gemeinschaft des Hauses im rechtlichen Sinn des Wortes. Der bestimmende Entstehungsgrund dieser Gemeinschaft ist die Verwandtschaft von der Vaterseite (per virilem sexum), ihre formelle Grundlage ein rechtliches Verhältnis, die patria potestas, welches sowohl künstlich erzeugt (die vorhin schon genannten Fälle der Adoption, in manum conventio) sowie auch künstlich aufgehoben werden kann (die Fälle der capitis deminutio minima, oben S. 204).

Den Gegensatz bildet die Kognatenfamilie (die Sippe, nicht das Haus). Kognation ist die auf Blutsgemeinschaft ruhende Verwandtschaft. Die Mutter ist die geborene Vertreterin des kognatischen wie der Vater des agnatischen Prinzips. Ja, vielleicht gab es eine Zeit, wo die Kognation nur durch Verwandtschaft von der Mutterseite erzeugt ward. In geschichtlicher Zeit wird die Kognation durch Verwandtschaft von der Vater- wie von der Mutterseite begründet. Die Agnation erscheint nicht mehr als der Gegensatz, sondern nur als der engere Kreis innerhalb der Kognation.

Das Wesen der Kognation ist Blutsgenossenschaft, nicht Hausgenossenschaft, ihre Grundlage ein natürliches, nicht ein rechtliches Verhältnis. Daher kann die Kognation, anders als die Agnation, weder künstlich aufgehoben, noch auch (als solche) künstlich begründet werden. Doch hat das Eintreten der agnatischen Verwandtschaft in den Kreis der Kognaten bewirkt, dafs die künstliche Erzeugung der Agnation zugleich auch Kognatenrechte gibt, in diesem Sinn also auch die Kognation hervorbringt.

Der Gang des römischen Familien- und Erbrechts war dieser, dafs das altrömische (patrizische) Zivilrecht nur die Agnation berücksichtigte, dann, insbesondere durch den Prätor, die Be-

rücksichtigung auch der Kognation aufkam, bis endlich durch die Kaisergesetzgebung die Kognation den Sieg davontrug. Die letzte Arbeit vollbrachte auch in dieser Hinsicht Justinian, zum Teil erst durch seine Novellengesetzgebung. Wie einst nur die Agnation, so ward jetzt nur die Kognation von entscheidender Bedeutung. Die altrömische strenge Hausverfassung ward zerstört. Die Familie im Sinn einer neuen Zeit siegte über die Familie des jus civile.

§ 1 I. de leg. agn. tutela (1, 15):. Sunt autem adgnati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrui filius, neposve ex eo. At, qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali jure cognati.

L. 10 § 4 D. de gradibus (38, 10) (Paulus): Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem. Nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem, qui cognatus est, et adgnatus est. Alterum enim civile, alterum naturale nomen est.

L. 195 § 5 D. de V. S. (50, 16) (Ulpian.): Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

II. Die Gliederung der Familie. Die Familie gliedert sich in Aszendenten und Deszendenten einerseits, in Seitenverwandte andererseits. Aszendenten und Deszendenten sind miteinander in gerader Linie (linea recta) verwandt: der eine stammt von dem anderen ab. Seitenverwandte sind miteinander in der Seitenlinie (linea transversa oder obliqua) verwandt: sie stammen von einem gemeinschaftlichen Dritten ab.

Die Nähe oder der Grad der Verwandtschaft, sowohl in gerader Linie wie in der Seitenlinie, bestimmt sich nach der Zahl der Zeugungen, welche zwischen den beiden Personen liegen, nach deren Verwandtschaft gefragt wird. Quot generationes, tot gradus. Der Vater ist also mit seinem Kinde im ersten Grade, mit seinem Enkel im zweiten Grade, Geschwister sind miteinander im zweiten Grade verwandt usw. Vollbürtig heifst die Seitenverwandtschaft, wenn Vater und Mutter gemeinsam sind, halbbürtig heifst sie, wenn nur entweder der Vater oder die Mutter gemeinsam ist. Vollbürtige Geschwister (heute als germani bezeichnet) und Geschwister, welche nur den Vater ge-

meinsam haben, heifsen bei den Römern consanguinei; Geschwister, welche nur die Mutter gemeinsam haben, uterini. Mehrfache Verwandtschaft kommt dann vor, wenn bereits die Eltern miteinander verwandt sind. Affinität (Schwägerschaft) ist das verwandtschaftsähnliche Verhältnis des einen Ehegatten zu den Kognaten des anderen. Der Ehegatte ist mit den Aszendenten und Deszendenten des anderen in gerader Linie verschwägert (Schwiegereltern- und Stiefelternverhältnis: affinitas in linea recta), zu den Seitenverwandten des anderen besteht Schwägerschaft in der Seitenlinie (affinitas in linea obliqua). Aufsereheliche Geburt erzeugt eine Verwandtschaft nur mit der Mutter und deren Anverwandten, nicht mit dem aufserehelichen Vater.

Die Gentilen des altrömischen Rechts waren Geschlechtsvettern, Sippegenossen, einen weiteren Verband über der Familie bildend, von öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Bedeutung (oben S. 40 ff.). Später ist daraus, indem das Bewufstsein der Zusammengehörigkeit verloren ging, eine blofse Namensvetterschaft geworden, welche rechtlich ohne Wirkung ist. Nur das Erbrecht der Gentilen erhielt sich bis in den Anfang der Kaiserzeit (unten § 111).

L. 1. pr. D. de grad. (38, 10) (Gajus): Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes, inferioris liberi; ex transverso sive a latere fratres et sorores liberique eorum. § 1: Sed superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit: ex transverso sive a latere nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo.

L. 10 § 14 eod. (Paulus): Avia paterna mea nupsit patri tuo peperit te, aut avia paterna tua nupsit patri meo, peperit me: ego tibi patruus sum et tu mihi.

Cicero Top. c. 6: Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video, Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.

I. Das Eherecht.

§ 92.

Ehe und Eheschliefsung.

Die Ehe ist die gesetzmäfsige volle Verbindung von Mann und Frau zu gegenseitiger Lebensgemeinschaft. Zu dieser vollen Verbindung gehört nach altrömischem Recht die volle Gewalt des Mannes über die Person der Frau (manus mariti), welche zugleich die Hausuntertänigkeit und die Hausangehörigkeit der Frau (an das Haus des Mannes) hervorbringt. Die Ehe wird deshalb durch das altherkömmliche Geschäft des Brautkaufs (coëmtio), d. h. in der Form der Manzipation, geschlossen: die Tochter wird ihrem Gewalthaber abgekauft[1], um durch Erwerb der eheherrlichen Gewalt das Rechtsverhältnis der Ehe hervorzubringen. Daneben stand eine, gleichfalls uralte, sakrale Form der Eheschliefsung, die confarreatio: ein unter gewissen Zeremonien mit vorgeschriebenen feierlichen Worten (certa verba) dem Jupiter dargebrachtes Opfer erzeugt in solenner Weise Opfergemeinschaft und damit Lebensgemeinschaft der Ehegatten und zugleich, weil beides als unzertrennbar erscheint, den Eintritt der Ehefrau in die manus mariti. Die coëmtio läfst das Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft aus dem Erwerb der Gewalt über die Frau, die confarreatio umgekehrt die Gewalt über die Frau aus dem Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft hervorgehen. Die coëmtio war die gemeine Eheschliefsungsform für alle römischen Bürger, für die plebejische wie für die patrizische Ehe; die confarreatio war eine besondere Eheschliefsungsform für den Stand der Patrizier[2].

Aber coëmtio und confarreatio bedurften notwendig einer

---

[1] Später verkauft die Frau sich selbst, gerade wie in Deutschland an die Stelle der Verlobung und Trauung durch den väterlichen bzw. vormundschaftlichen Gewalthaber später die Selbstverlobung und Selbsttrauung der Tochter tritt, welche dann auch Handgeld und Wittum vom Käufer-Bräutigam selbst empfängt. — Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2. S. 158 ff.; Leist, Altarisches jus civile, Bd. 1, S. 178. 179; R. Leonhard in Paulys Realenzyklopädie s. v. coemptio.

[2] Über die entsprechenden altarischen Urformen der Eheschliefsung vgl. Leist, Altarisches jus gentium, S. 125 ff.

Ergänzung. Für beide Rechtsgeschäfte galt die Formstrenge des alten Rechts. War in den Worten oder in irgendwelchem Stück des Ritus ein Versehen vorgekommen, oder darbte etwa nur einer der Zeugen des römischen Bürgerrechts und damit der Zeugnisfähigkeit, so war die Rechtshandlung nichtig und eine Ehe nicht zustande gekommen. Sollte aber der Formmangel noch nach jahrelangem Bestand der Ehe geltend gemacht werden können? Es lag nahe, die Nichtigkeit auf eine bestimmte Zeit einzuschränken. Dem einjährigen tatsächlichen Bestand der Ehe ward heilende Kraft beigelegt. Zwischen dem Fall des nichtigen und dem des völlig mangelnden Rechtsgeschäfts besteht aber kein erheblicher Unterschied. So hat sich dann durchgesetzt, dafs durch einjährigen ununterbrochenen Gebrauch der Ehe (usu) auch ohne förmliches Eheschliefsungsrechtsgeschäft dem Mann die eheherrliche manus erworben werde. Derselbe Gedanke, der die Eigentumsersitzung (usucapio) erzeugt hat, machte sich geltend. Die alte Anschauung, welche die Tochter als ein dem Vater gehöriges Vermögensstück behandelte, wirkte unterstützend mit. Wie die Braut gekauft wird, so kann sie auch ersessen werden! Grundstücke ersafs man in zwei Jahren; für alles andere (ceterae res) galt einjährige Ersitzungsfrist (oben S. 378). So ward also die fremde Tochter, welche man ohne rechtmäfsigen Kauf oder ohne confarreatio als Ehefrau heimgeführt hatte, in einem Jahr ersessen. Damit entstand die manus, wie man sagte, usu, und mit der manus dann die volle rechte Ehe des römischen Zivilrechts[3].

[3] Die Entstehung der Usuehe ist im obigen im Anschlufs an Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 276 ff. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 252. 253 geschildert. Möglich wäre auch Zusammenhang der Usuehe mit der uralten Raubehe. Es kommt bei vielen Völkern vor, dafs die durch Entführung zu stande gekommene Ehe erst nach Ablauf einer bestimmten Frist sich legalisiert; vgl. J. Kohler in der Zeitschr. für vergleichende Rechtswissensch., Bd. 5 (1884). S. 342. 346. 364. 366. Auch das römische Recht hat die beiden Urformen der Eheschliefsung durch Brautkauf und durch Brautraub (Raub der Sabinerinnen!) zur Voraussetzung; vgl. L. Dargun, Mutterrecht und Raubehe (in Gierkes Untersuch. zur deutsch. Rechtsgeschichte XVI, 1883), S. 100—102. — Über die Entstehung der freien Ehe bei den Römern Bernhöft in der Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss., Bd. 8 (1888), S. 197. 198.

Diese ganze Entwickelung hat sehr früh stattgefunden, wie sie ja auch die Züge hohen Alters an sich trägt. Nur die Ehe mit manus erscheint als Ehe. Damit die unförmlich geschlossene Ehe dennoch Ehe sei, mufs die manus vom Mann durch einjährigen Ehegebrauch erworben werden. Zur Zeit der zwölf Tafeln war die Ususehe bereits in voller Anerkennung und sehr häufiger Anwendung. Ja, noch mehr, die zwölf Tafeln bezeugen, dafs die Grundlage der Ususehe, die alte Idee von der Unentbehrlichkeit der manus für das Dasein einer Ehe, schon aufgegeben worden ist. Ein neues Eherecht kündigt sich an.

Das ununterbrochene Zusammenleben ist das Kennzeichen ehelicher Gemeinschaft. Entzieht die Frau sich dem Mann während des Usukapionsjahres, um die eheliche Gemeinschaft zu unterbrechen, so ist der usus des Mannes unterbrochen (usurpatio), vgl. oben S. 382, und kommt keine Ususehe zustande.

Auf die usurpatio, welche den usus des Ehejahres unterbricht und seine Wirkung aufhebt, bezog sich ein Zwölftafelgesetz. Es stellte fest, dafs die usurpatio eingetreten sei, wenn die Frau auch nur während dreier aufeinanderfolgenden Nächte (trinoctium) nicht im Hause des Mannes war. Es erklärte ferner, dafs ein solches trinoctium, alljährlich wiederholt, genüge, um das Zustandekommen der manus für die Ehe dauernd auszuschliefsen.

Hier sind bereits ganz andere Gesichtspunkte lebendig als die, welche einst die Ususehe erzeugt hatten. Es ist klar, dafs dies trinoctium der zwölf Tafeln eine blofs symbolische Unterbrechung der Gemeinschaft ist. Die eheliche Gemeinschaft soll nur zum Schein unterbrochen werden, lediglich um den Eintritt der manus mariti auszuschliefsen. Es gibt eine Ehe ohne manus. Das ist der neue Gedanke, welcher hier deutlich vor uns liegt. Das alte Recht hat vorausgesetzt, dafs die usurpatio (die ernsthafte Aufhebung der Gemeinschaft) den Mangel des Ehewillens bedeutet. Jetzt gab es eine usurpatio (durch blofses trinoctium) trotz des Vorhandenseins des Ehewillens. Es war ein Wille da, welcher auf Ehe, aber ohne manus, gerichtet war, und dieser Wille hat in den zwölf Tafeln seine Anerkennung gefunden. Die zwölf Tafeln haben die

Ususehe so wenig eingeführt, dafs sie vielmehr die Auflösung derselben bezeugen.

Die formlose Eheschliefsung (ohne coëmtio, confarreatio) hatte in demselben Augenblick einen Stempel der Rechtmäfsigkeit empfangen, in welchem die Entstehung der manus durch usus anerkannt war. War der Mann in Usukapionsbesitz befindlich, war es also gewifs, dafs er übers Jahr der rechte Herr und Gemahl seiner Frau sein würde, so war schon vor Ablauf des Jahres kein blofs tatsächliches aufsereheliches Verhältnis, sondern ein rechtliches, vom Gesetz anerkanntes und mit Wirkung bekleidetes Verhältnis, ein Eheverhältnis, da. Wie der Usukapionsbesitz an der Sache die Idee des Eigentums (oben S. 400), so schlofs der Usukapionsbesitz an der Frau schon vor Ablauf der Usukapionszeit die Idee der Ehe in sich. Weil jedoch die manus fehlte, so kam mit der formlos eingegangenen Ehe die Ehe ohne manus auf, und diese Ehe ohne manus galt bereits zur Zeit der zwölf Tafeln so sehr als Ehe, dafs der Gebrauch des trinoctium häufig war, um den Eintritt der manus von der Ehe fernzuhalten.

Es gab also schon zur Zeit der zwölf Tafeln eine doppelte Ehe: eine Ehe mit manus und eine Ehe ohne manus.

Durch die Ehe ohne manus trat die Frau nicht in die Gewalt und darum nicht in die agnatische Familie (das Haus) ihres Mannes ein. Sie blieb in ihrer Agnatenfamilie. Sie blieb in der väterlichen Gewalt ihres Vaters bezw. unter der Vormundschaft ihrer agnatischen Anverwandten. Sie war darum mit ihren eignen Kindern, die sie ihrem Mann gebar, agnatisch (zivilrechtlich) nicht verwandt: ihre Kinder gehörten der Agnatenfamilie ihres Mannes, sie selber aber der Agnatenfamilie ihres Vaters an. So blieb sie auch, wenn eine das jus conubii besitzende Peregrinin einen römischen Bürger geheiratet hatte, in ihrem Volke: sie ward keine römische Bürgerin.

Die nicht in manu ihres Mannes stehende Ehefrau stand zivilrechtlich aufserhalb des Hauses (und der Volksgemeinschaft) ihres Mannes. Sie hiefs und war daher nur uxor, nicht materfamilias: der Familie, in der sie Mutter war, blieb sie zivilrechtlich fremd. Trotzdem ward auch die Ehe ohne manus als justum matrimonium, d. h. als Ehe nach Zivil-

recht anerkannt. Das Wahrzeichen des justum matrimonium ist, dafs die Kinder dem Vater folgen (patris condicionem sequuntur), dafs sie römische Bürger sind und in die patria potestas ihres Vaters fallen: die Kinder aus dem justum matrimonium sind agnatische Kinder, Hausangehörige (sui) ihres Vaters. Voraussetzung des justum matrimonium ist, dafs beide Ehegatten das jus conubii (die Fähigkeit, eine römische. d. h. eine zivilrechtlich gültige Ehe miteinander einzugehen) besitzen. Das jus conubii war einst den Plebejern im Verhältnis zu den Patriziern versagt, bis die lex Canuleja (445 v. Chr.) den Standesunterschied für das Eherecht beseitigte. Seit der lex Canuleja besteht das jus conubii (soweit nicht Ehehindernisse eingreifen) zwischen römischen Bürgern und Bürgerinnen, nicht zwischen Bürgern und Peregrinen (auch die Latinen des späteren Rechts sind ohne jus conubii), es sei denn, dafs den Peregrinen (bezw. Latinen) durch Privileg das jus conubii verliehen ist (vgl. oben S. 195 ff.)[4]. Aber die Unterwerfung der Frau unter die manus mariti ist nicht mehr Bedingung des justum matrimonium. Auch wenn die Frau nicht in die manus und damit nicht in die familia ihres Mannes eintritt, sind doch, wenn unter den Ehegatten das jus conubii besteht, die Kinder des Mannes Kinder, seiner väterlichen Gewalt unterworfen und seines Hauses Angehörige (sui): die nicht hausangehörige Frau gebiert ihm, weil sie seine Ehefrau ist, hausangehörige Kinder. Das Zustandekommen einer rechten Ehe (justum matrimonium) ist für das Zivilrecht von dem Erfordernis der agnatischen Haus-

[4] Dabei ist es während der ganzen römischen Rechtsentwickelung geblieben. Jus gentium ist von den Römern nur für das Gebiet des Vermögensrechts (Verkehrsrechts) ausgebildet worden. Auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts gab es kein jus gentium. Des römischen Familien- und Erbrechts war der Peregrine darum nicht teilhaftig. Die Peregrinenehe war kein justum matrimonium (keine für das römische Recht gültige Ehe), ebenso die Ehe, in welcher ein Teil peregrinisch (bzw. latinisch) war (die Kinder folgen bei mangelndem conubium der Mutter, Gaj. I § 78). „Die Möglichkeit internationaler Ehe- und Verwandtschaftsverhältnisse ist noch in der spätesten Zeit des klassischen Rechts zwar faktisch geduldet, aber theoretisch nicht formuliert worden", Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 71. Das Privileg Caracallas (die lex Antoniniana oben S. 125) hatte also gerade für das Familien- und Erbrecht weitgreifende Bedeutung.

angehörigkeit der Frau (manus) befreit worden. Die manus, einst die Grundlage des römischen Eherechts, ist zu einem entbehrlichen Zubehör der Ehe geworden.

Die geschilderte Entwickelung hat sich schon zur Zeit der Republik vollzogen. Die Manusehe trat immer mehr zurück. Im Lauf der Kaiserzeit trägt vollends die formlose „freie“ Ehe den Sieg davon. Coëmtio und confarreatio verschwinden. Der usus hat keine Wirkung mehr (es bedarf des trinoctium nicht). Nach Justinianischem Recht wird die Ehe für die Regel durch jegliche Konsenserklärung in irgendwelcher Form geschlossen (consensus facit nuptias), vorausgesetzt, dafs der Konsens auf gegenwärtige eheliche Gemeinschaft gerichtet ist, und dafs daher mit dem Konsens die Ausführung desselben durch tatsächlichen Beginn der ehelichen Gemeinschaft (deductio in domum) sich verbindet. Die Ehe wird nach römischem Recht durch consensus nuptialis hervorgebracht: der consensus nuptialis (Ehekonsens) ist von dem consensus sponsalicius, d. h. von dem auf künftiges eheliches Verhältnis gerichteten Verlobungskonsens, zu unterscheiden.

Die Verlobung ward in Form der Stipulation abgeschlossen (sponsio, sponsalia)[5].

Eine Ehe minderen Rechts war der Konkubinat, welchen die kaiserliche Gesetzgebung (seit Augustus) gleichfalls als eine Form gesetzmäfsiger Verbindung von Mann und Frau zu gegenseitiger Lebensgemeinschaft anerkannte. Die Konkubine heifst aber nicht uxor, noch teilt sie Rang und Stand des Mannes, noch fallen die Konkubinenkinder (technisch als liberi naturales bezeichnet) in die patria potestas ihres Erzeugers. Durch bestehende Ehe wird der Konkubinat ausgeschlossen. Der Konkubinat hat gleich der vollen Ehe monogamische und darum jedes andere gleichartige Verhältnis ausschliefsende Natur[6].

[5] Über die Frage der Klagbarkeit des Verlöbnisses A. Pernice in den Sitzungsber. d. Berl. Akad., Bd. 51, S. 1194. Karlowa a. a. O., Bd. 2, S. 178. Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1, S. 7 Anm. 13.

[6] Dem Konkubinat fehlt der consensus nuptialis (und folgeweise die dos). Die Frau soll nicht Ehefrau sein. Aber es besteht ein offenes, auf Dauer gewolltes, der Ehe gleiches Zusammenleben. Mitteis in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 23, S. 308 ff. Paul Meyer, Der römische Konkubinat (1895).

Contubernium ist die Sklavenehe, welche blofs tatsächlich, nicht rechtlich eine Ehe ist.

§ 1 I. de patr. pot. (1, 9): Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens.

L. 1 D. de ritu nupt. (23, 2) (MODESTIN.): Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.

CICERO Top. c. 3: Genus enim est uxor; ejus duae formae. una matrumfamilias, earum quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habentur.

GAJ. Inst. I. § 110: Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coëmptione. § 111: Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat. Quae enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset, atque eo modo usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. § 112: Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Jovi farreo fit, in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur. Conplura praeterea, hujus juris ordinandi gratia, cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est. § 113: Coëmtione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus. item libripende, emit is mulierem, cujus in manum convenit.

Eod. § 55: Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus. § 56: — cum enim conubium id efficiat. ut liberi patris condicionem sequantur, evenit ut non solum cives Romani fiant sed et in potestate patris sint. § 76: — si civis Romanus peregrinam, cum qua ei conubium est, uxorem duxerit. sicut supra diximus, justum matrimonium contrahitur et tunc ex iis qui nascitur, civis Romanus est et in potestate patris erit. § 80: — semper conubium efficit, ut qui nascitur patris condicioni accedat; aliter vero contracto matrimonio eum qui nascitur jure gentium matris condicionem sequi. —

PAULI Sent. II tit. 20: Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.

Eod. tit. 19 § 6: Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.

L. 30 D. de R. I. (50, 17) (ULPIAN.): Nuptias non concubitus sed consensus facit.

§ 93.
Die eheherrliche Gewalt.

Die manus mariti ist die eheherrliche Gewalt alten Stils. Sie ist eine Erscheinungsform der hausherrlichen Gewalt über die Hausangehörigen, ein Seitenstück der patria potestas[1]. Die uxor in manu (materfamilias) ist infolge der manus als Hausangehörige (sua) rechtlich filiaefamilias loco. Für sie gilt Kindesrecht in bezug auf das Verhältnis zu ihrem Mann, sowohl in bezug auf das Gewaltverhältnis wie in bezug auf das Vermögensverhältnis. Sie ist (darin äufsert sich das Gewaltverhältnis), gleich dem Kinde, der vollen Zucht-, ja unter Umständen Tötungsgewalt, ja dem Recht des Mannes unterworfen, sie in die Knechtschaft zu verkaufen. Nur das Herkommen verpflichtet den Mann, in schweren Fällen ein Familiengericht (judicium propinquorum) zu berufen. Aber auch dann ist es die private Gewalt des Mannes und seiner Familie, welcher die Frau in bezug auf Tod und Leben unterworfen ist. Erst die spätere Entwickelung, welche überhaupt die Stellung des Hauskindes verbesserte, hat hier auch die Wirkung der manus abgeschwächt. Andererseits (darin äufsert sich das Vermögensverhältnis) erwirbt die Frau, gleich dem Hauskinde, alles, was sie erwirbt, ihrem Manne, und ihr Vermögen, welches sie einbringt, fällt mit Rechtsnotwendigkeit als Ganzes (durch Gesamtnachfolge, per universitatem, vgl. oben § 60) an ihren Mann. Weil die Eingehung der Ehe mit manus die Frau zu der Angehörigen eines anderen Hauses (der familia des Mannes) macht,

[1] In der ältesten Zeit ist manus der Ausdruck für die hausherrliche Gewalt überhaupt: über Sachen und über Personen (vgl. oben S. 41). Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 74. 75.

wechselt sie die Agnatenfamilie und erleidet durch die in manum conventio eine capitis deminutio minima (S. 204).

In bezug auf das Verhältnis zu ihren Kindern gilt für die Frau in manu Geschwisterrecht. In der durch die patria potestas geschaffenen und getragenen Agnatenfamilie (oben S. 580) kann die Frau rechtlich niemals Herrin oder auch nur Mitherrin des Hauses sein. Auch in dem Hause ihres Mannes ist sie jetzt rechtlich (für das Agnationsverhältnis) nur die Schwester ihrer Kinder, weil sie mit denselben der gleichen hausherrlichen Gewalt (patria potestas) unterliegt. Die Agnatenfamilie kennt kein mütterliches, sondern nur das väterliche Oberhaupt. Die Frau gehört, gleich den Kindern, rechtlich lediglich zu den Untertanen des agnatischen Hauses. Das Familienrecht mit Manusehe ist ein noch unentwickeltes Familienrecht. Es vermag die einzelnen Fälle der Familiengewalt voneinander nicht zu unterscheiden. Dem ehelichen Verhältnis entspricht kein sonderliches Eherecht; es wird einbegriffen unter das Kindesrecht.

Die freie Ehe dagegen, die Ehe ohne manus, gibt dem ganzen Eherecht ein anderes Angesicht. An die Stelle des Unterordnungsprinzips ist das Gleichordnungsprinzip, das Genossenschaftsverhältnis der Ehegatten getreten. Das Eherecht ist nicht mehr ein blofser Anwendungsfall des Kindesrechts. Vielmehr: die Unterscheidung ist eingetreten. Die Stellung, welche die Ehefrau als Genossin und Mitherrin des Hauses auch unter der Herrschaft des alten Eherechts kraft freier Sitte einnahm[1], gelangt nunmehr auch rechtlich zur Erscheinung. Dem Recht ist der Unterschied zwischen dem ehelichen Verhältnis und dem Kindesverhältnis sichtbar geworden. Es gibt ein sonderliches Eherecht. Die Frau ist hier nicht mehr der hausherrlich-väterlichen Gewalt ihres Mannes unterworfen. Sie wechselt die Agnatenfamilie nicht (also keine capitis deminutio). War sie vor der Eingehung der Ehe sui juris (ihr

[1] Vgl. v. Jhering, Geist des röm. R., Bd. 2, Abt. 1 (4. Aufl.), S. 203 ff., wo mit Recht hervorgehoben worden ist, dafs aus der rechtlichen Stellung, welche die Frau formal nach dem Eherecht alten Stils einnimmt, nicht ohne weiteres auf die tatsächliche (soziale) Stellung der Frauen im alten Rom geschlossen werden darf.

Vater war z. B. bereits gestorben), so bleibt sie auch nach Eingehung der Ehe sui juris; war sie vor Eingehung der Ehe in väterlicher Gewalt, so bleibt sie nach Eingehung der Ehe in derselben väterlichen Gewalt (diese väterliche Gewalt wird aber insoweit unwirksam, als die eheherrliche Gewalt ihr widerstreitet): während die uxor in manu immer alieni juris, nämlich immer in der patria potestas ihres Mannes bezw. des Gewalthabers ihres Mannes (S. 200) ist.

Die „freie" Ehe ist keineswegs eine Ehe ohne eheherrliche Gewalt. Sie ist vielmehr gerade die Ehe mit eheherrlicher Gewalt, nämlich mit einer Gewalt, welche nicht ein Abbild der väterlichen Gewalt, sondern eine eigentümlich eheherrliche Gewalt bedeutet. In der freien Ehe erscheint die eheherrliche Gewalt der Zukunft, die den Gegensatz zur väterlichen Gewalt bedeutet.

Die eheherrliche Gewalt der „freien" Ehe besteht in dem Recht des Mannes auf Lebensgemeinschaft: wird die Frau dem Manne von einem Dritten, und sei es auch der Vater der Frau (kraft seiner väterlichen Gewalt), vorenthalten, so hat der Mann das interdictum de uxore exhibenda ac ducenda[3]. Mit dem Recht auf Lebensgemeinschaft verbindet sich das Recht des Mannes, in allen Fragen des ehelichen Lebens den Ausschlag zu geben: er bestimmt z. B. den Wohnsitz (die Frau teilt von Rechts wegen das Domizil des Mannes), er bestimmt die Erziehung (also auch die religiöse Erziehung) der Kinder, er bestimmt Mafs und Art des ehelichen Aufwandes. So hat auch die „freie" Ehe das Prinzip der Unterordnung der Frau unter den Willen des Mannes, aber es ist eine Unterordnung, welche sich von der des Kindes unterscheidet, eine Unterordnung, welche durch die Verbindung des Unterordnungsprinzips mit dem Genossenschaftsprinzip verändert ist. In der Manusehe lebt die

[3] Dies Interdikt gehört allerdings erst dem nachklassischen Recht an: es wird in der l. 2 cit. (S. 594) von Hermogenian (Mitte des 4. Jahrhunderts) bezeugt. Das prätorische Edikt hatte nur das auf der patria potestas ruhende interdictum de liberis exhibendis, item ducendis (§ 101). Aber schon von Antoninus Pius wird berichtet, dafs er bene concordans matrimonium separari a patre prohibuit (Paul. sent. V, 6 § 15). Vgl. Lenel, Edictum, S. 391 Anm. 4.

Idee der Agnatenfamilie: nur der Vater steht rechtlich an der Spitze der Familie. In der freien Ehe lebt dagegen die Idee der Kognatenfamilie: an der Spitze des Hauses stehen, auch rechtlich, Vater und Mutter. Obgleich der uxor, welche ohne in manum conventio sich verheiratete, der Ehrentitel materfamilias versagt ward (zum deutlichen Zeichen, dafs man hier ursprünglich nur eine unvollkommene Ehe anerkannte), so ist doch sie es gerade, durch deren Stellung die hausmütterlichen Rechte auch im Familienrecht zu Ehren gekommen sind. Sie allein ist auch nach ihrer rechtlichen Stellung im Hause nicht die Schwester, sondern die Mutter ihrer Kinder.

L. 2 D. de lib. exhib. (43, 30) (HERMOGENIAN.): De uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.

§ 94.
Das eheliche Güterrecht.

Für die Ehe mit manus galt, wie schon bemerkt ist (§ 93), väterliches Güterrecht. Die gesamten Vermögensrechte, welche die Frau bei Eingehung der Ehe hatte, fielen mit Rechtsnotwendigkeit dem Manne zu, ebenso alles, was die Frau während der Ehe, sei es durch Erbgang oder Schenkung oder Arbeit oder sonstwie erwarb. Die Frau war völlig filiaefamilias loco. Für die während der Ehe von der Frau kontrahierten Schulden haftete der Mann daher grundsätzlich ebensowenig wie sonst für die Kontraktsschulden seines Kindes. Nur in den besonderen Fällen, wo ausnahmsweise (nach prätorischem Recht) der Vater aus dem Kontrakt des Kindes, konnte ebenso aus dem Kontrakt der Frau der Mann mit einer actio adjecticiae qualitatis belangt werden (oben § 88). Die voreheIichen Kontraktsschulden der Frau gingen durch die capitis deminutio unter. Es schien jedoch unbillig, dafs der Mann das Aktivvermögen, welches die Frau einbrachte, erwerbe, ohne für ihre Schulden einstehen zu müssen. Wenn der Mann sich daher weigerte, die vor Eingehung der Ehe von der Frau gültig kontrahierten Schulden zu zahlen, so eröffnete der Prätor Konkurs über das eingebrachte Frauengut und behandelte also

in bezug auf das Eingebrachte die Ehe als nicht vorhanden. Vgl. oben S. 578.

Deliktsschulden der Frau wirkten gleichfalls wie Deliktsschulden der Kinder: gegen den Mann geht die Noxalklage (oben § 86). Will der Mann die Folgen des Delikts (Schadensersatz, Strafzahlung) nicht auf sich nehmen, so gibt er die Frau dem Kläger ins mancipium (servae loco, vgl. unten § 101): es war dies einer der Fälle, wo das Recht des Mannes, seine Frau in die Knechtschaft zu verkaufen, praktisch wurde.

Gewissermafsen als Ersatz für die strenge vermögensrechtliche Abhängigkeit der Frau in manu hat sie beim Tode ihres Mannes ein volles Kindeserbrecht: sie zählt neben ihren Kindern zu den sui heredes ihres Mannes (unten §§ 109. 111).

Gaj. Inst. II § 98: quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt.

Eod. IV § 80: Quod vero ad eas personas, quae in manu mancipiove sunt, ita jus dicitur, ut, cum ex contractu earum agatur, nisi ab eo, cujus juri subjectae sint, in solidum defendantur, bona, quae earum futura forent, si ejus juri subjectae non essent, veneant.

Die „freie“ Ehe hat dagegen grundsätzlich keine Wirkung auf das Vermögen. Das Eingebrachte der Frau verbleibt der Frau, die Rechte wie die Schulden. Was sie während der Ehe durch Arbeit, Erbschaft usw. erwirbt, wird ihr selbst erworben. Sie ist gleich erwerbsfähig und verpflichtungsfähig wie der Mann. Sie ist auch gleich verwaltungsfähig wie der Mann: sie hat freie Verfügung über ihr Vermögen. Der Mann hat von Rechts wegen keinerlei Gewalt über das Frauengut. Will die Frau dem Manne ihr Eigentum (bona paraphernalia) zur Verwaltung anvertrauen, so hat der Mann die Stellung eines Beauftragten, welcher im Dienst und nach Mafsgabe des Willens der Frau zur Verwaltung ihres Vermögens verpflichtet ist — also nur so lange, als die Frau es will —; niemals aber ist dem Manne über das Vermögen der Frau ein Recht der Verwaltung zuständig. Das Güterrecht der römischen freien Ehe ist volles Gütertrennungsrecht. Auch von Todes wegen ist die Ehe ohne vermögensrechtliche Folgen. Die freie Ehe erzeugt nach Zivilrecht keinerlei Erbrecht der Ehegatten als

solcher gegeneinander. Nur der armen Witwe ward später ein beschränktes Recht am Nachlafs ihres Mannes gegeben, unter dem Gesichtspunkt einer ihr noch nach dem Tode des Mannes zu gewährenden Alimentation (§ 111 a. E.). Auch der Prätor ist in der Hauptsache auf diesem Standpunkt stehen geblieben. Nach prätorischem Recht gibt es zwar ein Ehegattenerbrecht (bonorum possessio unde vir et uxor, unten § 111 II 4), aber nur, wenn niemand von der Verwandtschaft Erbe wird. Auch der fernste Verwandte, sofern er überhaupt erbberechtigt ist, schliefst den Ehegatten von der Erbfolge aus.

Nur folgende Rechtssätze gelten für die freie Ehe, welche vermögensrechtliche Bedeutung haben: 1. der Mann ist verpflichtet, der Frau den Unterhalt zu gewähren, überhaupt die Kosten des ehelichen Haushalts zu bestreiten. 2. Schenkungen unter Ehegatten (wenn sie nicht blofs eine andere Form der Unterhaltsgewährung, sondern eine erhebliche Vermögenszuwendung darstellen) sind ungültig und können in jedem Augenblick zurückgefordert werden: ist der Rückforderungsberechtigte aber vor dem Empfänger oder gleichzeitig mit ihm verstorben, ohne sein Rückforderungsrecht auszuüben, so soll die Schenkung nachträglich konvaleszieren[1]. Heute sind schlechtweg Schenkungen unter Ehegatten gültig. 3. In bezug auf ehelichen Erwerb der Frau gilt die sogenannte praesumtio Muciana (vgl. oben S. 102 Anm. 7): es wird Erwerb vom Manne vermutet (l. 51 D. 24, 1). Die gemeinrechtliche Praxis hat, im Hinblick auf das Schenkungsverbot unter Ehegatten, daraus den Satz gemacht: es wird vermutet, dafs Sachen, die im Besitz eines Ehegatten sind, im Eigentum des Mannes stehen (entsprechend B.G.B. § 1362). 4. Diebstahlsklagen sind unter Ehegatten ausgeschlossen. Hat bei bevorstehender Scheidung ein Ehegatte den anderen bestohlen, so wird anstatt der Diebstahlsklagen eine besondere (prätorische) actio rerum amotarum gegeben, welche lediglich auf Ersatz gerichtet

[1] Die donatio inter virum et uxorem wird daher von Rechts wegen so behandelt, als wäre sie eine mortis causa donatio, vgl. oben S. 242. Die mortis causa donatio unter Ehegatten ist gültig; auch in dieser Hinsicht gilt für die mortis causa donatio bei den Römern nicht Schenkungsrecht, sondern Vermächtnisrecht.

ist (reipersekutorisch) und daher nur die condictio furtiva ersetzt: die Strafklage (actio furti) fällt weg.

Im übrigen hat die freie Ehe insofern vermögensrechtliche Wirkung, als sie der Anlafs zu gewissen Rechtsgeschäften wird, nämlich insbesondere zur Bestellung einer dos und einer donatio propter nuptias.

L. 8 C. de pact. (5, 14) (THEODOS. et VALENTIN.): Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam, uxore prohibente, habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat.

L. 1 D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1) (ULPIAN.): Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.

L. 28 § 2 eod.: . . . et sane non amare nec tamquam inter infestos jus prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes.

L. 9 § 2 eod. (ULPIAN.): Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt. L. 32 § 3 eod.: Ait oratio (Antonini): fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere, heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse.

§ 95.

Die dos.

Der Mann hat die Kosten des Hausstandes zu tragen. Die dos ist die Vermögenszuwendung an den Mann, in der Absicht gegeben, dafs auch von seiten der Frau und zugleich zugunsten der Frau (welche die dos später zurückempfangen soll) ein Beitrag zu diesen Kosten gewährt werde (ad matrimonii onera ferenda). Die Substanz der dos hat der Mann grundsätzlich nach Auflösung der Ehe an die Frau zurückzugeben. Nur die Nutzungen (Gebrauch und Früchte) während der Ehe sollen dem Mann als Beitrag für die Ehelasten endgültig verbleiben. So erscheint die dos sachlich als Frauengut (res uxoria), welches nur auf die Dauer der Ehe in das Eigentum des Mannes übertragen worden ist, und erfährt durch das Mittel der dos das römische Gütertrennungsprinzip vertragsmäfsig eine Ab-

schwächung, insofern im praktischen Erfolge ein Teil des Frauenguts (bezw. des für die Frau bestimmten Vermögens) durch das Rechtsgeschäft der Dosbestellung auf Dauer der Ehe der Gewalt des Mannes unterworfen wird[1].

Die dos nimmt ihren Ursprung (wie heute die Aussteuer) regelmäfsig aus dem elterlichen Hause der Frau. Die Frau (niemals der Mann) hat ein Recht auf Dosbestellung, aber das Recht der Frau geht darauf (nicht dafs ihr, sondern), dafs dem Mann die dos gegeben werde. Die Tochter kann die Bestellung einer dos (als letzten Akt der Alimentation) fordern von ihrem Vater und eventuell von ihrem väterlichen Grofsvater, ohne Rücksicht auf Agnation, lediglich auf Grund der Kognation. Die dos, welche von dem Dotationsverpflichteten als solchem dem Mann bestellt wird, heifst dos profecticia. Die dos, welche ein anderer bestellt (z. B. die Frau selber oder ihre Mutter), heifst dos adventicia. Hat der dritte Besteller sich durch Stipulation die Rückgabe der dos (nach Auflösung der Ehe) versprechen lassen, so heifst die dos recepticia. Ihrer Form nach geschieht die Dosbestellung entweder durch gegenwärtige Zuwendung des dem Manne zugedachten Vermögensvorteils, z. B. des Eigentums oder eines Niefsbrauchrechts (sogenannte dotis datio), oder durch das in Stipulationsform dem Manne gegebene Versprechen, diesen Vermögensvorteil als dos gewähren zu wollen (dotis promissio), oder endlich seitens der Frau oder ihres Schuldners oder ihres väterlichen Gewalthabers (nach alter Sitte bei Abschlufs des Verlöbnisses) durch einseitige Zusage (dotis dictio). Nach Justinianischem Recht ist (auf Grund eines Gesetzes von Theodos II.) der formlose Vertrag über künftige Dosbestellung schlechtweg gültig (oben S. 538): es bedarf der Stipulationsform nicht mehr. Die dos wird also entweder dem Manne sofort gegeben (dotis datio) oder sie wird dem Manne versprochen (promissio und dictio).

Ist dem Manne die dos gegeben bezw. das Dotalversprechen erfüllt worden, so hat er über die ihm zu Eigentum übertragenen

[1] Vgl. Wendt, Pandekten, § 301; Kuntze, Kursus des römischen Rechts, S. 625.

Dotalsachen das Recht vollfreier Verfügung. Er hat gleich jedem anderen Eigentümer alle Klagen, alle Befugnisse, welche das Eigentum hervorbringt, auch z. B. die Veräufserungsbefugnis und Verpfändungsbefugnis. Die Dotalsachen sind von Rechts wegen sein Eigentum und niemandes sonst[2]. Die Tatsache, dafs er regelmäfsig verpflichtet ist, diese Sachen später wieder herauszugeben, vermag seine Befugnis nicht zu vermindern. Aber die dos ist, wenngleich formal Eigentum des Mannes, doch sachlich Frauengut (res uxoria). Darum hat die lex Julia de adulteriis vom Jahr 18 v. Chr., welche in bezug auf dies Kapital als lex Julia de fundo dotali bezeichnet zu werden pflegt, dem Mann das Veräufserungs- und Verpfändungsrecht für den zur dos gegebenen fundus Italicus entzogen. Justinian hat das Verbot auf den fundus dotalis überhaupt ausgedehnt. Auch die Zustimmung der Frau macht solche Verpfändung und (nach Justinians Bestimmung) ebenso die Veräufserung nicht gültig. Das Grundstück soll der Frau, als der vermutlichen Rückempfängerin der dos, in Natur erhalten bleiben. Der blofs obligatorische Ersatzanspruch für den Fall geschehener Veräufserung ist für Fahrnis ausreichend, für Liegenschaften nicht.

Nach Auflösung der Ehe ist der Mann in der Regel verpflichtet, die Substanz der dos herauszugeben. Die Nutzungen, welche er inzwischen gezogen hat, behält er. Vertretbare Sachen (oben S. 357) erstattet er in genere: eine gleiche Menge gleicher Art. Nicht vertretbare Sachen erstattet er in specie (dem Stück nach): dasselbe Sachindividuum, welches er damals erhielt. Ist dies Sachindividuum durch Verschulden des Mannes (z. B. Veräufserung) nicht mehr da, oder ist es durch Nachlässigkeit des Mannes (doch haftet der Mann nur für diligentia, quam suis rebus adhibere solet, vgl. oben S. 467) beschädigt worden, so hat der Mann Schadensersatz zu leisten.

---

[2] Dieselbe freie Verfügung wie über die Dotalsachen, falls die Dosgewährung durch Eigentumszuwendung geschah, steht dem Mann über die den Gegenstand der dos bildenden Rechte zu, falls nicht Eigentum, sondern etwa ein ususfructus oder ein Forderungsrecht zur dos gegeben wurde, — soweit nicht die Natur dieses Rechtes selbst, wie z. B. beim Niefsbrauch (welcher der Zuständigkeit nach nicht veräufsert werden kann), eine Beschränkung mit sich bringt.

Das Recht des Rückempfangs und dementsprechend die Pflicht des Mannes zur Rückleistung hat im römischem Recht eine Entwickelung durchgemacht[3].

1. Nach dem Zivilrecht der republikanischen Zeit behielt der Mann die dos von Rechts wegen auch nach Auflösung der Ehe. Zwar verpflichtete ihn die Sitte, der Frau nach Auflösung der Ehe die dos wieder zukommen zu lassen (entweder von Todes wegen im Testament oder im Fall der Scheidung durch Zuwendung unter Lebenden). Aber das alte Recht erhob die sittliche Pflicht nicht zur Rechtspflicht. Das Eigentum des Mannes an der dos hatte nach altem Recht auch für die Zeit nach Auflösung der Ehe alleinige Geltung.

2. Infolgedessen fing man an, sich von dem Mann vertragsmäfsig (cautio rei uxoriae) die Rückgabe der dos versprechen zu lassen[4]. Der Prätor gab aus dem pactum (vgl. Anm. 4) eine Klage, die actio rei uxoriae auf „quod melius aequius erit". Die Klage ging dann gewohnheitsrechtlich in das Zivilrecht über und ward der Frau von Rechts wegen, auch ohne Vertrag, gegeben. Die actio rei uxoriae gab dem bestellten Geschworenen Gewalt, nach freiem Ermessen über den Dotalanspruch zu befinden. Darauf beruhen 1. die Fristen für die Rückerstattung der dos: dem Mann soll eine billige Frist gewährt werden: er zahlt Kapitalien und andere vertretbare Sachen in drei Jahres-

[3] Bechmann, Das römische Dotalrecht, 2 Bde., 1863. 67; Czyhlarz, Das römische Dotalrecht, 1870; Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., Bd. 3, § 13. 14.

[4] Die cautio rei uxoriae (die schon für die Zeit um 200 v. Chr. bezeugt ist) war wahrscheinlich ein vom Prätor geschütztes pactum ohne Stipulationsform, dessen Inhalt etwa auf Einsetzung eines arbitrium über die Rückleistungsfrage ging. Das Recht der Frau aus dem prätorischen pactum ging durch capitis deminutio der Frau (wenn sie in eine Ehe mit manus eintrat) nicht zugrunde (oben S. 205 Anm. 3 a. E.). Die actio rei uxoriae war eine prätorische Klage aus der Zeit vor der lex Aebutia, eine von den Klagen, für welche schon vor der lex Aebutia ein Verfahren mit prätorischer formula wahrscheinlich ist (oben S. 287). Aber sie ist schon früh in das Zivilrecht aufgenommen worden (vgl. oben S. 87. 89). So Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 53 Anm. 31. Vgl. Pernice in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 20, S. 130. 131; Thomas, Observations sur les actions „in bonum et aequum conceptae" (Nouv. revue hist. de droit, 1901); Erman in der Zeitschr. der Sav.-Stift., Bd. 23, S. 469.

raten (annua, bima, trima die) und nur die nicht vertretbaren, im Zweifel in Natur bei ihm vorhandenen Sachen, z. B. Grundstücke, mufs er sogleich herausgeben; 2. die „Retentionsrechte“, d. h. Abzugsrechte des Mannes: er zieht schlechtweg ab propter res donatas, propter res amotas und propter impensas (Auslagen, die er auf die dos gemacht hat); er zieht ferner ab, wenn die Frau die Auflösung der Ehe verschuldet hat, propter mores (wegen Ehebruchs, mores graviores, ein Sechstel, wegen anderer Verschuldung, mores leviores, ein Achtel der dos) und aufserdem propter liberos (für jedes Kind ein Sechstel), doch im ganzen nicht mehr als drei Sechstel der dos. War der Mann an der Scheidung schuld, so ward er gleichfalls bestraft: er verlor die Fristen (auch die vertretbaren Sachen mufs er propter mores graviores sofort, propter mores leviores in drei halbjährigen Raten und aufserdem mit den nicht vertretbaren Dotalsachen auch einen Teil ihrer Früchte herausgeben, Ulpian. tit. 6 § 13). Durch die Gesetzgebung des Kaisers Augustus sind diese Rechtssätze, durch welche dem Ermessen des Geschworenen wiederum gewisse Grenzen gesetzt wurden, in feste Form gebracht worden. Der Grundgedanke dieser Rechtssätze ist, dafs die Rückforderung der dos auch jetzt noch, trotz der actio rei uxoriae, kein festes, bestimmte Ansprüche gewährendes Vermögensrecht, sondern einen nach Billigkeit und Umständen, ja (wie bei blofs „moralischen“ Ansprüchen) nach Mafsgabe des gesamten persönlichen Verhaltens sich bestimmenden familienrechtlichen Anspruch bedeutet, und dafs daher die Geltendmachung des gesetzlichen Dotalanspruchs zugleich ein Sittengericht über die beteiligten Ehegatten herbeiführt.

Seit dem Verschwinden der Manusehe (im Lauf der Kaiserzeit, oben S. 588) konnte der Frau (falls sie sui juris war) ein Forderungsrecht auf Rückleistung der dos durch Stipulation verschafft werden[5]. So gab es dann zweierlei Klagrecht auf

[5] Solange die Manusehe noch in Übung war, konnte der Frau durch Stipulation ein Rückforderungsrecht nicht verschafft werden. War sie alieni juris, so ward das Forderungsrecht ihrem Gewalthaber erworben. War sie sui juris, so ging das Forderungsrecht (denn die Stipulation hatte zivilrechtliche Wirkung) durch die in manum conventio (capitis deminutio) nach Zivilrecht unter. Darauf hat (gegenüber der bisher gemeinverbreiteten Ansicht) Mitteis a. a. O. (oben Anm. 4) hingewiesen.

Rückerstattung der dos: einerseits das stipulationsmäſsige (actio ex stipulatu), andererseits das familienrechtliche (actio rei uxoriae). Das stipulationsmäſsige war stricti juris und stand unter Kontraktsrecht: es ging genau auf Rückerstattung der Substanz der dos und kannte weder gesetzliche Fristen noch ein gesetzliches Recht auf Schadensersatz (vgl. S. 471) noch Retentionsrechte. Das andere stand unter Dotalrecht (Familienrecht): es war bonae fidei, hier galten die Fristen, hier konnte nicht schlechtweg auf Rückgabe der dos, sondern nach Umständen auf etwas anderes (z. B. Schadensersatz) oder auf mehr (wegen Schuld des Mannes an der Scheidung) oder auf weniger (infolge der Retentionsrechte) geklagt werden.

Die actio ex stipulatu war, wie jede Kontraktsklage, vererblich; die actio rei uxoriae war, wie jede familienrechtliche Klage, unvererblich, sie stand nur der Frau (nicht auch den Erben der Frau) zu. War die Ehe also durch Tod der Frau aufgelöst, so behielt von Rechts wegen auch jetzt der Mann die dos (falls keine Stipulation geschlossen war). Eine Ausnahme wurde nur zugunsten des Bestellers der dos profecticia gemacht: der Vater (bezw. Groſsvater) konnte gleichfalls mit actio rei uxoriae klagen (falls die Ehe durch Tod der Frau gelöst war) auf Rückgabe der von ihm (kraft seiner gesetzlichen Dotationspflicht) bestellten dos. Sonst (also in allen Fällen der dos adventicia) blieb es auch jetzt dabei, daſs der Mann unter diesen Umständen zur Herausgabe der dos gesetzlich nicht verpflichtet war (der dritte Besteller einer dos adventicia hatte also nur die Klage ex stipulatu, d. h. es muſste eine dos recepticia vorliegen).

So ist nach vorjustinianischem Recht die Rückgabepflicht des Mannes noch immer eine sehr beschränkte. Noch behauptet auch nach Auflösung der Ehe das Eigentum des Mannes an der dos einen erheblichen Raum, und nur in gewissen Grenzen ist neben diesem Eigentum ein obligatorischer Rückforderungsanspruch (der Frau, des Bestellers) zur Geltung gebracht worden.

3. Den Abschluſs der Entwickelung hat Justinian herbeigeführt. Nach Justinianischem Recht ist der Mann immer zur

Rückgabe der dos verpflichtet (nur wenn die Frau Schuld an der Scheidung trägt, behält er die dos). Die actio rei uxoriae ist vererblich: sie steht der Frau oder deren Erben zu (doch wird der Erbe der Frau durch den überlebenden Besteller der dos profecticia ausgeschlossen). Ein „Retentionsrecht" gibt es nur noch propter impensas necessarias (Auslagen, die zur Erhaltung der Dotalsachen notwendig waren). Im übrigen werden Grundstücke sofort zurückgegeben, Fahrnis nach einem Jahr. Für veräufserte Fahrnis, für durch Diligenzversäumnis beschädigte Sachen wird Schadensersatz geleistet.

Der Rückgabeanspruch ist zu einem festen Vermögensrecht geworden und der familienrechtliche Dotalanspruch nach Art des stipulationsmäfsigen behandelt. Nur geringe Spuren erinnern noch an das alte Recht der actio rei uxoriae. Justinian sagt selber, dafs er anstatt der actio rei uxoriae eine gesetzliche actio ex stipulatu gebe, jedoch eine actio ex stipulatu, welche bonae fidei sei (sofern nämlich einige Anklänge an die actio rei uxoriae, die Scheidung, den Schadensersatz, die Impensen betreffend, bewahrt sind).

Ja noch mehr. Macht die Frau selber (nicht ihre Erben oder der Dosbesteller) den Dotalanspruch geltend, so kann sie an den Dotalsachen, sofern dieselben im Vermögen des Mannes noch vorhanden sind, ohne weiteres Eigentum in Anspruch nehmen und steht ihr zur Sicherung ihres obligatorischen Rückforderungsanspruchs ein privilegiertes Pfandrecht am gesamten Vermögen des Mannes zu. Verarmt der Mann, so ist die Frau befugt, diese ihre Rechte sogleich, noch während der Ehe, geltend zu machen.

Nach Auflösung der Ehe ist jetzt das Eigentum des Mannes an den Dotalsachen aus dem Felde geschlagen. Das Vermögen des Mannes ist immer mit der Rückgabepflicht belastet, und der Frau gegenüber verschwindet sein Eigentum von selbst.

Wie durch die Rechtssätze über die Unveräufserlichkeit und Unverpfändbarkeit der Dotalgrundstücke, über die Diligenzpflicht des Mannes betreffs der Dotalsachen, ebenso ist jetzt durch die Rechtssätze über die Rückgabe der dos auch auf dem Rechtsgebiet der Gedanke zum Siege geführt, dafs die dos nur formell dem Mann, sachlich der Frau gehört, dafs die dos Frauen-

gut (res uxoria) in den Händen des Mannes bedeutet. Das Eigentum des Mannes an den Dotalsachen ist auch rechtlich zu einer bloſsen Form geworden, in welcher ihm praktisch dennoch nur Verwaltung und Nutznieſsung gewährt wird[6].

Ulp. tit. 6 § 1: Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. § 2: Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat, item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.

§ 3 eod.: Dos aut profecticia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit, aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est.

L. 5 § 11 D. de jure dot. (23, 3) (Ulpian.): Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est, quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit; sed ita demum, si ut parens dederit. Ceterum si, cum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventicia dos est.

L. 14 C. de jure dot. (5, 12) (Dioclet. et Maximian.): Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa, pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem.

Ulp. tit. 6 § 13: Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae a die reddi debet, ita ut propter majores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensum die; in ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit.

---

[6] Bestimmend hat auf diese Entwickelung der Einfluſs des griechischen Rechts gewirkt, welches die Mitgift als Eigentum der Frau (sowohl dem Manne wie dem Vater der Frau gegenüber) behandelte, vgl. Mitteis Reichsrecht und Volksrecht, S. 230 ff. — Im praktischen Ergebnis kommt das Dotalrecht des Corpus Juris dem heutigen gesetzlichen ehelichen Güterrecht nahe. Das B.G.B. kennt keine dos. Aber das eingebrachte Frauengut (regelmäſsig die aus dem elterlichen Hause der Tochter gegebene, also der Ehefrau gehörige Aussteuer) hat Dotalfunktion. Der Mann hat an dem Eingebrachten während der Dauer der Ehe Verwaltung und Nutznieſsung: die Früchte des Eingebrachten sind für ihn ein Beitrag ad onera matrimonii ferenda. Ehevertragsmäſsig kann volle Gütertrennung, aber auch Gütergemeinschaft bestimmt sein.

§ 29 I. de action. (4, 6): Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei judiciis. Sed, cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes omne jus, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

L. 75 D. de jure dot. (23, 3) (Tryphonin.): Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.

§ 96.
Die donatio propter nuptias.

Geschenke des Bräutigams an die Braut sind nach römischem Recht ebenso zweifellos grundsätzlich gültig, wie die Geschenke des Ehemanns an die Ehefrau ebenso zweifellos nach römischem Recht grundsätzlich ungültig sind (S. 596). Die donatio ante nuptias ist also wesentlich von der Schenkung nach geschlossener Ehe verschieden. In der späteren Kaiserzeit ward in einem besonderen technischen Sinne donatio ante nuptias diejenige Schenkung genannt, welche der Bräutigam (oder ein anderer namens des Bräutigams) der Braut zum Zweck des Zustandekommens der Ehe im Hinblick auf die vermögensrechtlichen Anforderungen der Ehe macht, wo es sich also nicht um einen Ausdruck der Liebe, sondern um den ganz bestimmten wirtschaftlichen Erfolg der Ausstattung der künftigen Ehe handelt[1]. Die gewöhnliche Schenkung unter Brautleuten ist ein Geschäft unwirtschaftlicher, die donatio ante nuptias aber ein Geschäft wirtschaftlicher Natur. Es handelt sich dabei um die Sicherstellung der Frau nach Auflösung der Ehe. Wird

[1] Die Ausbildung des Rechtsgeschäfts ist im Orient vor sich gegangen, wo die donatio ante nuptias, aus dem vom Bräutigam zu entrichtenden Brautpreis entsprungen (die Gabe an den Brautvater ward auch hier zu einer Gabe an die Braut), von jeher ein wesentliches Erfordernis der gültigen Ehe bildete, vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 256 ff., und im Archiv für Papyrusforschung, Bd. 1 (1900), S. 347 ff.

die Frau (ohne ihre Schuld) vom Mann geschieden, so ist ihr vom Mann die donatio ante nuptias (die zunächst nur „verschrieben" zu werden pflegte) herauszuzahlen. Sehr häufig ward das, was der Mann als donatio propter nuptias gab, ihm als dos der Frau zurückgegeben (donatio ante nuptias in dotem redacta), so dafs die Eheschenkung des Bräutigams tatsächlich das Mittel zur Dotierung der Ehefrau (also wiederum zur Ausstattung der Frau mit Frauengut, das ihr bei Auflösung der Ehe zukam) abgab[2]. Die Ehe bedarf des Frauenguts, welches die Frau für den Fall der Auflösung der Ehe sicherstellt. Wie die dos ein von seiten der Frau, so bedeutete die donatio ante nuptias ein von seiten des Bräutigams hergegebenes Frauengut.

Kaiser Justin, der Vater Justinians, verordnete, dafs solche donatio ante nuptias noch nach Eingehung der Ehe gültig erhöht werden könne. Justinian ging noch weiter und gestattete, dafs auch die Bestellung der donatio ante nuptias noch nach Eingehung der Ehe möglich sei. So erschien der überlieferte Name nicht mehr als zutreffend, und Justinian begabte deshalb das Rechtsgeschäft mit dem Namen donatio propter nuptias.

§ 97.

Die Auflösung der Ehe.

Die Ehe wird aufgehoben durch den Tod eines Ehegatten. Daneben kennt das römische Recht eine Auflösung (Scheidung) der Ehe durch Rechtsgeschäft der Ehegatten.

Das Scheidungsgeschäft für die Konfarreationsehe des Zivilrechts ist formell. Die Form ist von den pontifices nach dem Gesetz des contrarius actus gebildet worden (vgl. S. 560). Die Konfarreationsehe kann rechtsgeschäftlich nur aufgehoben werden durch diffarreatio, also wiederum unter Darbringung eines Opfers an Jupiter, den Gott der Ehe, mit certa (contraria) verba. Das Diffarreationsopfer fordert wie das Konfarreations-

[2] Mitteis a. a. O. Nietzold, Die Ehe in Ägypten (1903), S. 59 ff. Diese aus dem griechischen in das römische Rechtsleben übergegangene donatio ante nuptias in dotem redacta ist die dos der fränkisch-romanischen Quellen: H. Brunner, Die fränkisch-romanische dos, Sitzungsberichte der Akademie der Wiss. zu Berlin, Bd. 29 (1894), S. 545 ff.

opfer priesterliche Mitwirkung. Damit scheint zusammenzuhängen, dafs die Konfarreationsehe nicht beliebig lösbar war: der Priester konnte seine Mitwirkung versagen, wo kein von sakralen Rechts wegen anerkannter Scheidungsgrund vorlag.

Dagegen wird die Koëmtions- und die Ususehe durch remancipatio, Scheinverkauf in das mancipium, d. h. in die Knechtschaft, mit nachfolgender manumissio seitens des Scheinkäufers aufgehoben. Die remancipatio der materfamilias entspricht genau der emancipatio der filiafamilias (unten § 102). Für die „gekaufte“ Frau in manu gilt auch in dieser Hinsicht Kindesrecht. Wie sein Kind, so kann der paterfamilias seine Frau aus der Gewalt entlassen (emanzipieren). Formell ist die remancipatio nicht so sehr Scheidung als vielmehr Entlassung (Verstofsung). Die uxor in manu ist auch hier von dem Kinde ununterscheidbar. Die Frau in manu ist nur Objekt dieses Scheidungsgeschäfts, gerade wie das Kind nur Objekt des Emanzipationsgeschäfts. Der Wille der Frau in manu ist deshalb nach altem Recht unerheblich. Er vermag die Scheidung weder herbeizuführen noch zu verhindern. Auch in bezug auf die Scheidung galt für die Manusehe ehemännliches Alleinherrschaftsrecht. Nur die konfarreierte Frau ist durch die Notwendigkeit der diffarreatio vor willkürlicher Entlassung seitens des Ehemannes geschützt.

Anders bei der freien Ehe (ohne manus). Die Scheidung der Ehe (divortium) kann hier auf Grund einer Vereinbarung der Ehegatten oder auf Grund einseitigen Willens eines Teiles vor sich gehen. Nur um für die Ernsthaftigkeit des Scheidungswillens ein sicheres Kennzeichen zu haben, bedarf es der Vollziehung des Scheidungswillens durch ausdrückliche Scheidungserklärung (repudium) seitens eines Ehegatten an den anderen, sei es mündlich, sei es durch einen Boten (die lex Julia de adulteriis schreibt zum Zweck der Beweisbarkeit die Zuziehung von sieben Zeugen vor). Der blofse Scheidungsvertrag hob also die Ehe nicht auf: es mufste das repudium mittere (dare) seitens eines Ehegatten hinzukommen[1]. Die Frau stand dabei dem

---

[1] Der Text beruht auf den Ausführungen von K. Zeumer, Gesch. d. westgot. Gesetzgebung, im Neuen Archiv d. Gesellschaft f. ältere deutsche

Manne als Subjekt der Ehescheidungshandlung gleichberechtigt gegenüber.

Das Scheidungsrecht der freien Ehe ist auf die Manusehe übertragen worden. Zwar: die Aufhebung der manus konnte die Frau in manu durch repudium direkt nicht bewirken. Aber ihr repudium hob nach Anschauung der späteren Zeit die Ehe auch im Falle der Manusehe auf. Der Mann ward dadurch verpflichtet, nun seinerseits auch den Aufhebungsakt für die manus vorzunehmen. Mit dem Verschwinden der Manusehe galt dann zuletzt ausschliefslich wie das Eheschliefsungsrecht, so das Ehescheidungsrecht der freien Ehe.

Das freie Scheidungsrecht durch einseitige Aufkündigung ist auch durch die Gesetzgebung der christlichen Kaiserzeit formell nicht aufgehoben worden. Die Ehe ging auch durch das grundloseste repudium zu Ende. Es wurden aber für den Fall der Scheidung ohne gesetzlichen Scheidungsgrund Strafen angedroht. So sollte die Frau bei grundloser Aufkündigung der Ehe ihren Anspruch auf die dos, der Mann im gleichen Fall die donatio propter nuptias verlieren (d. h. er mufste die verschriebene donatio jetzt wirklich herauszahlen), und diente die donatio ante (propter) nuptias der christlichen Kaiserzeit an erster Stelle dazu, der schuldlos geschiedenen Frau einen positiven Vermögensvorteil auf Kosten des anderen Eheteils zu gewähren (S. 606). Aus diesem Grunde gehörte es mit zur Eheschliefsung, dafs wie von seiten der Frau eine dos, so von seiten des Mannes eine donatio ante nuptias bestellt wurde: von beiden Seiten ward gewissermafsen ein Pfand für die Aufrechterhaltung des Ehebundes gegeben, ein Pfand, welches nötig schien, um dem gesetzlichen freien Scheidungsrecht ein Gegengewicht zu geben.

L. 2 C. de inutil. stip. (8, 38) (ALEXANDER): Libera matrimonia esse, antiquitus placuit: ideoque pacta, ne liceret divertere,

---

Geschichtskunde, Bd. 24 (1899), S. 620—622. Dort ist die bis dahin herrschende Ansicht, dafs divortium die vertragsmäfsige, repudium die einseitige Scheidung der Ehe bedeute, widerlegt worden. Divortium ist der Ausdruck für die Ehescheidung überhaupt (die einseitige wie die vertragsmäfsige). Repudium bedeutet die in allen Fällen der Scheidung notwendige einseitige Erklärung des Scheidungswillens: die Handlung, durch welche die Scheidung sich vollzieht.

non valere: et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei, qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.

L. 9 D. de divortiis (24, 2) (Paulus): Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum ejus, qui divortium faciet.

Festus: Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio; dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito.

Gaj. Inst. I § 137: Mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui juris efficiuntur . . . (ea, quae cum viro suo coëmptionem fecit, virum suum) nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiam si adoptiva sit; haec autem virum repudio misso proinde conpellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.

§ 98.

Die zweite Ehe.

Für den Fall der Eingehung einer zweiten Ehe hat das spätere römische Kaiserrecht die Interessen der Kinder erster Ehe durch eine Reihe von Rechtssätzen zugunsten der ersteehelichen Kinder, zu Lasten des parens binubus (daher sogenannte poenae secundarum nuptiarum) wahrgenommen, insbesondere durch den Rechtssatz, dafs alles, was der parens binubus von seiten des verstorbenen Ehegatten unentgeltlich erworben hat, sei es als Schenkung oder als dos oder als donatio propter nuptias oder als letztwillige Zuwendung (sogenannte lucra nuptialia), im Augenblicke der Eingehung der zweiten Ehe ipso jure zum Eigentum an die ersteehelichen Kinder fällt: dem parens binubus verbleibt nur Niefsbrauch. Unserem heutigen Recht sind diese poenae unbekannt. Der wiederheiratende Ehegatte mufs sich mit den Kindern der Vorehe, soweit er mit ihnen in Vermögensgemeinschaft steht, auseinandersetzen (B.G.B. §§ 1314. 1493. 1669) und die wiederheiratende Mutter verliert die elterliche Gewalt (B.G.B. § 1697); aber beides fällt nicht unter den Gesichtspunkt der Strafe.

Die Witwe darf erst nach Ablauf des Trauerjahres zur zweiten Ehe schreiten. Widrigenfalls trifft sie die Strafe der

Infamie, Verlust der lucra nuptialia, Zurücksetzung im Erbrecht (insbesondere Ausschlufs von allem testamentarischen Erwerb, vgl. unten § 114, IV 1) und Beschränkung in den Zuwendungen zugunsten ihres zweiten Mannes. Die Ehe ist trotzdem gültig. Das Verbot war eine lex minus quam perfecta (oben S. 236). In der gemeinrechtlichen Entwickelung ist es (in Anschlufs an das kanonische Recht, welches die Strafe der Infamie beseitigte) zu einer lex imperfecta geworden. Dem entspricht das Recht des B.G.B. Die Trauerzeit der Witwe ist auf 10 Monate angesetzt (B.G.B. § 1313). Rechtsnachteile treten bei Verletzung des Verbots nicht ein. Aber der Standesbeamte hat kraft seiner öffentlichrechtlichen Amtspflicht seine Mitwirkung zu einer verfrühten Eheschliefsung zu versagen.

§ 99.
Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit.

Charakteristisch für den Niedergang des Römertums schon im ersten Beginn der Kaiserzeit ist die umfassende Ehegesetzgebung (lex Julia de maritandis ordinibus 4 n. Chr. und lex Papia Poppaea 9 n. Chr.), zu welcher Kaiser Augustus sich veranlafst sah. Hier ward verboten, dafs Senatoren und deren Kinder sich mit Freigelassenen und Infamen, dafs Freigeborene mit Infamen sich verheirateten. Hier wurden ferner auf die Eheschliefsung und Kindererzeugung Prämien gesetzt, so z. B. für die Frau, welche (als ingenua) drei oder (als liberta) vier Kinder geboren hatte, die Befreiung von der Geschlechtsvormundschaft. Dem entspricht auf der anderen Seite die Androhung von Strafen für Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit. Ehelose (caelibes), d. h. solche, welche ohne Grund unverheiratet sind, und Kinderlose (orbi) sind erwerbsunfähig (incapaces) aus einem Testament: entweder ganz unfähig (so die caelibes) oder doch teilweise unfähig (so die orbi). Damit die Frau aus einem Testament das Ganze erwerben könne, mufs sie das jus trium vel quatuor liberorum haben, welches ihr jedoch auch durch kaiserliches Privileg beigelegt werden kann. Was im Testament einem incapax zugewandt ist, wird „caducum“ und als solches von den Familienvätern, welche neben ihm im Testament be-

dacht sind, eventuell vom Ärar vindiziert (sogenannte caducorum vindicatio). Vgl. unten § 114.

Durch Kaiser Konstantin und die nachfolgende Gesetzgebung sind die Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit, durch Justinian die genannten Eheverbote aufgehoben worden.

GAJ. Inst. II § 286: Caelibes per . . . legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur; . . . item orbi . . . per legem Papiam ob id, quod liberos non habebant, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt . . . . . eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum.

ULP. tit. 17 § 1: Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo, verbi gratia si caelibi . . . legatum fuerit, nec intra dies centum caelebs legi paruerit.

II. Die patria potestas.

§ 100.

Die Begründung der patria potestas.

I. Kraft Rechtssatzes wird die väterliche Gewalt erworben über die in rechter Ehe (matrimonium justum, oben S. 588) erzeugten Kinder. Den Beweis der Vaterschaft erleichtert die Rechtsvermutung, dafs die während der Ehe geborenen Kinder von dem Ehemanne der Mutter erzeugt sind: pater est, quem nuptiae demonstrant. Der Satz: pater est usw. steht jedoch im römischen Recht unter zwei Einschränkungen. 1. Als während der Ehe geboren wird nach römischem Recht nur das Kind angesehen, welches frühestens am 182. Tage nach Eingehung der Ehe (septimo mense), spätestens am 300. Tage nach Auflösung der Ehe geboren ist (l. 12 D. 1, 5; l. 3 § 11. 12 D. 38, 16). 2. Der Rechtssatz bedeutet nur eine sogenannte praesumtio juris, d. h. eine Beweiserleichterung: der Beweis des Gegenteils ist zulässig. Das B.G.B. steht in beiderlei Hinsicht anders: 1. Die Vaterschaft des Ehemanns gilt jetzt schlechtweg für das „nach Eingehung der Ehe" bis zum 302. Tage nach Auflösung der Ehe geborene Kind, falls nur der Mann innerhalb der Empfängniszeit (der Zeit vom 180. bis zum 302. Tage vor

der Geburt des Kindes) der Frau beigewohnt hat. Die Beiwohnung wird vermutet. Das vor Eingehung der Ehe vom Mann erzeugte, aber in der Ehe wenngleich zu früh geborene Kind ist nach dem B.G.B. ein eheliches Kind, während es nach römischem Recht als uneheliches, aber durch nachfolgende Ehe legitimiertes Kind erscheint. Nach römischem Recht ist ehelich das in der Ehe vom Mann erzeugte, nach B.G.B. das in der Ehe geborene Kind. 2. Die Vaterschaft des Ehemanns kann heute grundsätzlich nicht durch einfachen Beweis des Gegenteiles widerlegt, sondern nur unter engen Voraussetzungen durch Anfechtung seitens des angeblichen Vaters aufgehoben werden (der Rechtssatz wirkt jetzt für die Regel als sogenannte praesumtio juris et de jure, d. h. als Fiktion). Vgl. B.G.B. §§ 1591 ff.

Uneheliche Kinder (auch die Konkubinenkinder) fallen nicht unter die patria potestas ihres Erzeugers. Sie sind im Rechtssinne nur mit ihrer Mutter, nicht mit ihrem Vater verwandt (ebenso das frühere gemeine und unser heutiges bürgerliches Recht; nach dem deutschen Recht des Mittelalters gehörte der Uneheliche weder der Familie seines Vaters noch der seiner Mutter an). Aber das uneheliche Kind wird durch Legitimation, sei es per subsequens matrimonium (nachfolgende Eheschliefsung der aufserehelichen Eltern, B.G.B. §§ 1719 ff.) sei es per rescriptum principis (Ehelichkeitserklärung durch Verfügung der Staatsgewalt, B.G.B. §§ 1723 ff.), zum ehelichen Kinde und fällt dann nachträglich unter die patria potestas seines Erzeugers.

II. Kraft Rechtsgeschäfts entsteht die väterliche Gewalt im Fall der Adoption.

Die Adoption ist entweder Adoption eines paterfamilias (sogenannte arrogatio) oder Adoption eines filiusfamilias (adoptio im engeren Sinn)[1]. In beiden Fällen erleidet der Adoptierte eine capitis deminutio minima, weil er die Agnatenfamilie wechselt (oben S. 204).

Die Arrogation verlangte nach altem Recht eine Voruntersuchung der pontifices und Beschlufs der Kuriatkomitien.

[1] Über den Begriff von paterfamilias (homo sui juris) und filiusfamilias (homo alieni juris: Sohn, Tochter, Enkel in der väterlichen Gewalt) vgl. oben S. 199.

Dann kam die Arrogation durch kaiserliches Reskript auf, welches zuletzt die allein übliche Form darstellte. Aber immer blieb die Arrogation durch einfaches Privatrechtsgeschäft ausgeschlossen. Die Änderung der Familienverhältnisse durch Arrogation interessiert das Gemeinwesen. Daher die öffentlichrechtliche Form. In den Kuriatkomitien konnte jedoch nur arrogiert werden, wer seine Zustimmung zur Arrogation in der Volksversammlung zu erklären imstande war. Der arrogatus ist Mit-Subjekt der Arrogationshandlung in den Komitien und muſs daher fähig sein, an der Arrogationshandlung in den Kuriatkomitien Anteil zu nehmen. Darum gab es keine Arrogation eines impubes noch eine Arrogation einer Frau. Jene sind überhaupt der rechtlich wirksamen Zustimmung, diese sind des Auftretens in der Volksversammlung unfähig. Antoninus Pius hat jedoch die Arrogation eines impubes gestattet, vorausgesetzt, daſs sie als vorteilhaft für den impubes sich erweist, daſs ferner sämtliche Vormünder des impubes konsentieren, daſs endlich der pater arrogans Kaution stellt, im Fall des Versterbens des arrogatus vor erreichter pubertas das Vermögen desselben an diejenigen herauszugeben, welche es ohne Arrogation kraft Erbgangs bekommen haben würden. Durch die Arrogation erlangt der impubes (für die Dauer seiner Impubertät) ein festes Recht auf den vierten Teil vom Nachlaſs des pater arrogans, sogenannte quarta divi Pii. Mit der Gewalt über den arrogatus erwirbt der Arrogierende auch das Vermögen des arrogatus[2] und die Gewalt über diejenigen, welche in der Gewalt des arrogatus sind.

Für die Adoption (im engeren Sinne) ward — erst nach den zwölf Tafeln[3] — ein privates Rechtsgeschäft ausgebildet.

---

[2] Die zivilen Kontraktsschulden des arrogatus gingen nach Zivilrecht unter (S. 204 a. E.). Der Prätor aber gab in integrum restitutio, indem er eine actio ficticia gegen den arrogatus gewährte, als ob die Arrogation gar nicht geschehen wäre. Trat der Arrogierende dann nicht für den Arrogierten ein (der Arrogierte selbst hatte ja kein Aktivvermögen mehr), so ward vom Prätor über das Vermögen, welches dem Arrogierten ohne die capitis deminutio gehören würde, Konkurs eröffnet, vgl. S. 578.

[3] Dies geht daraus hervor, daſs das Privatrechtsgeschäft der datio in adoptionem deutlich als Erzeugnis der an die zwölf Tafeln anschlieſsenden interpretatio (oben S. 65. 66) erscheint.

In den zwölf Tafeln hiefs es, dafs dreimaliger Verkauf des Sohnes in die Knechtschaft den Untergang der väterlichen Gewalt herbeiführe, Wie die Emanzipation des Haussohnes (vgl. oben S. 65), so konnte mit Hilfe dieses Rechtssatzes auch die datio in adoptionem ermöglicht werden. Der Vater verkaufte seinen Sohn dreimal durch mancipatio in die Knechtschaft (mancipium, unten S. 616). Der Scheinkäufer läfst den Sohn das erste und das zweite Mal frei (durch manumissio vindicta, also durch das Mittel der in jure cessio, oben S. 187): beide Male fällt der Sohn nach geschehener Freilassung in die väterliche Gewalt zurück. Das dritte Mal folgte dem Verkauf nicht nochmals Freilassungshandlung (dann wäre der Sohn damit emanzipiert worden, unten S. 621), sondern die Adoptionshandlung in der Form der in jure cessio: der Adoptivvater trat vor dem Prätor mit der Scheinvindicatio in patriam potestatem auf; nach Geständnis oder Schweigen des Scheinbeklagten vollzog der Prätor den Beispruch (addictio), d. h. er bestätigte, dafs der Vindizierte Sohn des Vindikanten sei. Zum Zweck dieser letzten in jure cessio pflegte der Scheinkäufer nach der dritten mancipatio zuerst noch das Kind an den Vater zurückzumanzipieren, so dafs dann der Vater selber bei der Adoptionshandlung Scheinbeklagter war, also selber durch confessio in jure den Adoptionserfolg herbeiführte. Sollte eine Tochter oder ein Enkelkind einem anderen in Adoption gegeben werden, so genügte ein einmaliger Verkauf, um die patria potestas zu zerstören, und folgte deshalb gleich nach der ersten Manzipation nicht Freilassungshandlung (dann wäre das Kind damit emanzipiert worden), sondern Adoptionshandlung. An Stelle dieser umständlichen Formen hat Justinian die Erklärung des Adoptionsvertrags zwischen beiden Vätern in Anwesenheit des Kindes vor Gericht gesetzt[4]. Das Kind ist bei diesem Hingeben zu Adoption blofses Objekt der Handlung. Der Adoption eines impubes oder der Tochter steht hier kein Hindernis im Wege. Zustimmung des Kindes ist nicht

[4] Die justinianische Erleichterung der Form war wahrscheinlich durch die Praxis angebahnt. Bereits im 4. Jahrhundert begegnet eine Adoption durch einfachen schriftlichen Vertrag. Mitteis, Über drei neue Handschriften (oben S. 130 Anm. 3), S. 33. 34, und im Archiv f. Papyrusforsch., Bd. 3 (1904), S. 176 ff.

nötig: der Widerspruch des willensfähigen Kindes aber macht die Adoption ungültig.

Die Adoption im engeren Sinne hat jedoch durch Justinian die Kraft, die patria potestas hervorzubringen, verloren[5]. Im Justinianischen Recht erzeugt die datio in adoptionem nur noch ein Kindeserbrecht (Intestaterbrecht) des in Adoption Gegebenen gegen den Adoptivvater, kein Kindesverhältnis mehr (sogenannte adoptio minus plena). Nur in dem Fall, wenn das Kind seinem leiblichen Aszendenten (Groſsvater) in Adoption gegeben wird, tritt noch die alte volle Wirkung der datio in adoptionem ein (sogenannte adoptio plena). Die Wirkung der Arrogation ist jedoch im Justinianischen Recht nicht verändert worden.

Frauen können nach römischem Recht nicht adoptieren. Die sogenannte Adoption, welche seit Diokletian einer Frau, der ihre Kinder gestorben sind, durch rescriptum principis gewährt werden kann, erzeugt nur ein gegenseitiges Intestaterbrecht zwischen der Adoptivmutter einerseits, dem Adoptivkind und dessen Nachkommenschaft andererseits.

Heute ist der „Annahme an Kindesstatt" (B.G.B. §§ 1741 ff.) ihr ursprüngliches Wesen zurückgegeben, insoferne sie (ohne Unterscheidung von Arrogation und Adoption im engeren Sinn) schlechtweg das Kindesverhältnis hervorbringt. Der Angenommene erlangt die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (B.G.B. § 1757). Die Folge ist, daſs falls der Angenommene noch minderjährig ist, stets auch das Gewaltverhältnis eintritt. Aber es gibt heute nicht bloſs väterliche, sondern auch mütterliche Gewalt (unten § 102 a E.). So kann heute auch eine Frau mit voller Wirkung adoptieren. Die Adoption bedeutet also nicht mehr begrifflich Begründung der patria potestas.

pr. I. de adopt. (1, 11): Non solum tamen naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus. § 1: Adoptio autem duobus modis fit: aut

---

[5] Auch diese Abschwächung der Wirkungen der Adoption entspricht hellenistischen Anschauungen, Mitteis im Archiv für Papyrusforschung Bd. 3 S. 180 ff.

principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptamus eos easve, qui quaeve sui juris sunt. Quae species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio magistratus adoptamus eos easve, qui quaeve in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

§ 3 eod: Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio permittitur et exquiritur causa adrogationis, an honesta sit expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit.

§ 101.

Die Wirkung der patria potestas.

Die patria potestas des alten Zivilrechts[1] bedeutet volle Gewalt des Vaters über den Gewaltunterworfenen (das Kind, das Enkelkind vom Sohne, die Frau in manu): das Recht über Tod und Leben (jus vitae ac necis) und das Recht, in die Knechtschaft zu verkaufen. Nur der Einflufs der Verwandten in dem bei schweren Fällen herkömmlicherweise zu berufenden Familiengericht und die Rüge des Zensors (nota censoria), sowie die geistliche Strafe, welche in Fällen des Mifsbrauchs drohte, stellte einen tatsächlichen Schutz für den Gewaltunterworfenen dar. Der Verkauf in die Knechtschaft, welcher das Familienglied als Objekt von Vermögenswert behandelte, mufs nicht allzuselten vorgekommen sein. Die zwölf Tafeln mifsbilligten ihn bereits durch den Strafrechtssatz: wer seinen Sohn dreimal in die Knechtschaft verkauft hat, soll zur Strafe seine väterliche Gewalt verlieren (oben S. 65). In späterer Zeit diente die Manzipation des Hauskindes in der Regel nur noch dem Scheinverkauf zum Zweck von Adoption (oben S. 614) oder Emanzipation (unten S. 621). Der Ernstverkauf des Kindes behauptete sich nur in den Fällen der noxae datio, welche erst durch Justinian in ihrer Anwendung auf Hauskinder aufgehoben wurde. Bis auf Justinian war der paterfamilias wie berechtigt, so verpflichtet, im Falle eines Delikts seines Hauskindes entweder die Folgen des Delikts auf sich zu

[1] Auch die patria potestas heifst in alter Zeit manus, Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 75 Anm. 3 (vgl. oben S. 591 Anm. 1).

nehmen oder das Kind durch mancipatio in die Knechtschaft des Verletzten zu geben (noxae datio, oben S. 548). Das solcherweise manzipierte Hauskind war, wie es hiefs, in mancipio und stand unter Sklavenrecht (servi loco), erwarb alles seinem Herrn und konnte, wie ein Sklave, nur durch manumissio der vollen Freiheit wiedergegeben werden. Das Recht der noxae datio und damit der letzte Rest des Verkaufsrechts ist durch Justinian beseitigt worden. Das jus vitae ac necis war schon lange vorher abgekommen.

Die väterliche Gewalt der Kaiserzeit ist nicht mehr die volle Gewalt des alten jus civile, sondern nur noch die natürliche Züchtigungs- und Erziehungsgewalt des Vaters.

Dem Kinde gegenüber bedarf der Vater keiner Klage, weil ihm kraft des persönlichen Unterordnungsverhältnisses das private Zwangsrecht (Eigenmacht) zuständig ist. Reicht der Vater damit nicht aus, so kann er Hilfe der Obrigkeit im Verwaltungswege (extraordinaria cognitio) anrufen. Dem Dritten gegenüber aber dient dem Vater, falls dieser Dritte sich in Besitz des Kindes gesetzt hat .und Gewalt über dasselbe ausübt, nach altem Zivilrecht das Rechtsmittel der vindicatio in patriam potestatem (filii vindicatio), später das prätorische Rechtsmittel des interdictum de liberis exhibendis (auf Vorführung des Kindes); falls der Dritte aber keine eigene Gewalt über das Kind in Anspruch nimmt, sondern als defensor des Kindes Einsprache gegen die Heimführung durch den Vater (die ductio) erhebt, das prohibitorische (gegen diese Einsprache gerichtete) interdictum de liberis ducendis[2]. Ist das Dasein der patria potestas streitig und handelt es sich zunächst darum, von dem Kinde oder dem Dritten die Anerkennung des Vaterverhältnisses oder der väterlichen Gewalt zu erstreiten, so dient dem Vater ein praejudicium, gerade wie umgekehrt das Kind, welches das Dasein der väterlichen Gewalt leugnet, ein solches praejudicium veranlassen kann (vgl. oben S. 306).

Wie über die Person, so gewährt das altzivile Recht dem Vater auch volle Gewalt über das Vermögen des Hauskindes.

[2] Vgl. über die genannten Rechtsmittel Demelius, Die Exhibitionspflicht (1872), S. 244—250.

Ja, durch die väterliche Gewalt wird die Vermögensfähigkeit des Hauskindes teilweise zerstört. Das Hauskind ist des eigenen aktiven Vermögens unfähig. Was es erwirbt, wird vielmehr kraft Rechtsnotwendigkeit (sogenannte unfreie Stellvertretung) dem Hausvater erworben (S. 200. 262). Erst die Entwickelung des römischen Rechts in der Kaiserzeit hat Schritt für Schritt, die Strenge des alten Rechtes brechend, die aktive Vermögensfähigkeit des Hauskindes ein- und durchgeführt.

Zuerst ist dem filiusfamilias miles die Erwerbsfähigkeit für sein sogenanntes peculium castrense beigelegt worden. Was der Haussohn in seiner Eigenschaft als Soldat erwirbt (auch z. B. Geschenke, die ihm von Verwandten oder Kameraden gemacht werden), erwirbt er sich selbst (zu Eigentum und zu freier Verwaltung), nicht seinem Vater. Er ist für den kastrensischen Erwerb paterfamilias, nicht filiusfamilias. Er verwaltet das castrense frei wie ein paterfamilias und testiert darüber wie ein paterfamilias. Nur wenn er ohne Testament verstirbt, wird (nach dem Recht des Corpus juris, nicht mehr aber nach dem Recht der Novelle 118, vgl. unten § 111 a. E.) das peculium castrense von dem Vater jure peculii (nicht als hereditas) eingezogen, als ob es immer Eigentum des Vaters gewesen wäre.

Dem filiusfamilias miles (dessen Sonderstellung bereits durch Augustus begründet wurde) ist in der späteren Kaiserzeit, in dem nachdiokletianischen monarchischen Beamtenstaat, der filiusfamilias, welcher öffentlicher Beamter ist, gleichgestellt worden. Was der Sohn in öffentlicher Stellung, als Beamter oder als Advokat oder als Geistlicher, erwirbt, ist sein peculium quasi castrense, für welches die gleichen Rechtssätze gelten wie für das peculium castrense.

Dann ging Kaiser Konstantin und die nachkonstantinische Gesetzgebung auch dazu vor, grundsätzlich dem Hauskind jeglichen Erwerb zu gestatten. Zuerst für die bona materna (Erbschaft der Mutter), dann für die bona materni generis, dann überhaupt für jeden Erwerb, der von einem Dritten gemacht wird. Damit war der Begriff der bona adventicia gegeben. Adventicium ist alles, was nicht ex re patris noch als castrense oder quasi castrense erworben worden ist. Das Eigentum an den adventicia hat das Hauskind, nicht mehr der Vater. Aber

dem Vater ist als Rest seines früheren Rechts der Niefsbrauch und die Verwaltung der adventicia gelassen worden. So hat das Hauskind an den bona adventicia nicht das volle Recht wie an castrensia und quasi castrensia. Mit der Verfügung unter Lebenden ist ihm auch die testamenti factio für die adventicia entzogen. Selbst unter Zustimmung des Vaters kann das Kind über seine Adventizien nicht testieren. Bona adventicia irregularia sind solche adventicia, in Bezug auf welche dem Hauskind auch Verwaltung (nicht aber Verfügung von Todes wegen) und Nutzung zusteht, z. B. wenn der Dritte, welcher die Zuwendung machte, Niefsbrauch und Verwaltung des Vaters ausschlofs, oder wenn das Kind einen Erwerb gegen den Willen des Vaters gemacht hat.

So bleibt das Kind im Justinianischen Recht nur noch unfähig, ex re patris, vom Vater zu erwerben. Was der Vater dem Kinde gibt, sei es auch zu freier Verfügung (peculium profecticium), bleibt Eigentum des Vaters, wenngleich der Sohn darüber Verwaltungsrechte hat und durch seinen Kontrakt den Vater bis auf den Betrag dieses Pekuliums obligiert (oben S. 556). Das peculium profecticium ist ein peculium alten Stils, die einstige Erwerbsunfähigkeit des Hauskindes und seine sklavenähnliche Stellung zum Ausdruck bringend. Das peculium castrense und quasi castrense, sowie die bona adventicia sind dagegen Pekulien neuen Stils, nicht mehr die Vermögensunfähigkeit von einst, sondern umgekehrt die durch das neue Recht eingeführte aktive Vermögensfähigkeit auch des Hauskindes bedeutend.

Das römische Pekulienrecht ist niemals in Deutschland rezipiert. Nach gemeinem deutschen Recht war das Hauskind unbeschränkt erwerbsfähig, auch vom Vater: es gab kein peculium profecticium. Aber das Recht der bona castrensia und quasi castrensia sowie der bona adventicia hat gemeinrechtlich gegolten, wenngleich unter dem Einflufs deutscher Rechtsanschauungen erhebliche Abweichungen sich durchsetzten. Das Ergebnis dieser deutschrechtlichen Umbildung des elterlichen Güterrechts liegt jetzt im B.G.B. vor uns. Die Hauptsache ist, dafs die elterliche Gewalt heute mit der Volljährigkeit des Kindes endet (B.G.B. § 1626), dafs es also ein vollkommen ge-

schäftsfähiges Hauskind nicht mehr giebt (während die römischen Rechtssätze über den filiusfamilias als solchen an erster Stelle gerade das gewaltunterworfene vollgeschäftsfähige Hauskind im Auge haben: so z. B. das Sc. Macedonianum, oben S. 479). Heute ist also das selbständig erwerbende Hauskind überhaupt eine viel seltenere Erscheinung als dereinst in Rom, und auch wenn das minderjährige Hauskind selbständig (z. B. als Soldat) erwirbt, bleibt es notwendig auch für solchen Erwerb unter der Gewalt seines Vaters als seines gesetzlichen Vertreters (eine Einschränkung im B.G.B. § 112). Mit anderen Worten: es gibt keine bona castrensia und quasi castrensia im römischen Sinne mehr, weil das Hauskind heute immer minderjährig und daher wegen Mangels an der Geschäftsfähigkeit stets auch für diesen Erwerb gewaltunterworfen (filiusfamilias) ist. Es gibt nur noch adventicia, und für diese adventicia, d. h. für alles Kindesgut, hat der Vater (soweit nicht § 112 eingreift) stets die Verwaltung als „gesetzlicher Vertreter" seines minderjährigen Kindes (Ausnahmen §§ 1638. 1666, 2), aber nicht immer die Nutznießung (es gibt von der Nutznießung „freies" Kindergut, insbesondere der selbständige Arbeitserwerb des Kindes, B.G.B. § 1651). Die andere Hauptsache ist, daß heute auch die Mutter die elterliche Gewalt mit allen ihren Rechten, Verwaltungsrecht und Nutznießungsrecht, haben kann, vgl. unten § 102 a. E.

L. 11 D. de castr. pec. (49, 17) (Macer): Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisivit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. Nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium ejus castrense non est.

L. 2 D. de sc. Maced. (14, 6) (Ulpian.): ... cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur.

§ 102.

Die Aufhebung der patria potestas.

Die patria potestas erlischt von alten Rechts wegen, wenn das Hauskind flamen Dialis oder virgo Vestalis, nach Justinianischem Recht, wenn der Haussohn die Würde eines Bischofs oder eines patricius erlangt. Sonst dauert die väterliche Gewalt

solange der Vater lebt. Aber der Tod des Vaters befreit nur die ihm unmittelbar Gewaltuntergebenen; die Enkelkinder vom Sohne fallen jetzt in die patria potestas ihres Erzeugers. Gleich dem Tode wirkt die capitis deminutio, auch die minima, den Verlust der patria potestas.

Das Rechtsgeschäft, durch welches die väterliche Gewalt aufgehoben und das Hauskind sui juris wird, ist die Emanzipation. Der Vater verkauft den Sohn dreimal in das mancipium: der Scheinkäufer läfst den Sohn jedesmal frei (manumissio vindicta, also unter Anwendung der in jure cessio, oben S. 187). Die Manumission nach der ersten und ebenso nach der zweiten Manzipation läfst den Sohn kraft Gesetzes in die väterliche Gewalt zurückfallen. Die dritte Manumission, nach welcher der Sohn frei wird (vgl. oben S. 65), ist die Emanzipationshandlung. Darum pflegt der Scheinkäufer nach der dritten Manzipation den Sohn an den Vater zurückzumanzipieren, damit dieser die Emanzipations-Manumission vornehme (parens manumissor). Für die Emanzipation der Tochter und des Enkels genügte einmalige Manzipation, auf welche dann sofort (nach geschehener remancipatio) die emanzipierende Manumissionshandlung folgte. Das spätere Kaiserrecht hat andere, leichtere Formen eingeführt: die Emanzipation per rescriptum principis (emancipatio Anastasiana) und die Emanzipation durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll (emancipatio Justiniana).

Das Kind ist lediglich Objekt der Emanzipationshandlung. Es bedarf seiner Zustimmung nicht. Aber sein Widerspruch macht nach Justinianischem Recht die Emanzipation ungültig, ausgenommen wenn ein blofses Adoptivvaterverhältnis durch Emanzipation gelöst wird. Ein Recht, emanzipiert zu werden, hat das Kind von Zivilrechtswegen nicht (ausgenommen der arrogierte impubes, dem die Arrogation zum Nachteil ausgeschlagen ist)[1]. Auch wenn das Kind erwachsen und zu Amt und

---

[1] Doch hat bei Mifshandlung des Kindes kaiserliche extraordinaria cognitio (Trajan), bei Verkuppelung der Tochter spätkaiserliche Gesetzgebung (Theodos II.) einen Zwang zur Emanzipation eingeführt. Stockar, Über den Entzug der väterl. Gewalt im röm. Recht (1903). Kübler in der Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 24 S. 453 ff.

Würden gelangt ist[2], bleibt es von Rechts wegen in der väterlichen Gewalt, solange nicht die Willkür des Vaters das Gewaltverhältnis löst. Die väterliche Gewalt des römischen Rechts ist eine egoistische Gewalt um des Vaters willen, welche darum in ihrem Bestande nicht an das Schutz- und Erziehungsbedürfnis des Hauskindes, sondern an die Lebenszeit des Vaters geknüpft ist. Anders im heutigen Recht. Das gemeine deutsche Pandektenrecht liefs die väterliche Gewalt durch das wirtschaftliche Selbständigwerden des Hauskindes (sogenannte separata oeconomia) von Rechts wegen aufgehoben werden (sogenannte emancipatio Saxonica). Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch geht noch weiter: mit der Grofsjährigkeit des Kindes als solcher erlischt ipso jure die elterliche Gewalt (B.G.B. § 1626).

Die Emanzipation bewirkt für das Kind eine capitis deminutio minima, weil es aus der bisherigen Agnationsverwandtschaft ausscheidet (S. 204). Das emanzipierte Kind ist das Haupt einer neuen Familie. Es ist nach Zivilrecht verwandtenlos, solange es nicht nach der Emanzipation sich durch Kinderzeugung eine neue agnatische Verwandtschaft geschaffen hat.

Gaj. Inst. I § 132: Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse; sed filius quidem tribus mancipationibus. ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate. Lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: SI PATER FILIUM TER VENUMDUIT, A PATRE FILIUS LIBER ESTO. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui, is eum vindicta manumittit. Eo facto revertitur in potestatem patris. Is eum iterum mancipat, vel eidem, vel alii: sed in usu est, eidem mancipari. Isque eum postea similiter vindicta manumittit. Quo facto cum rursus in potestatem patris fuerit reversus, tertio pater eum mancipat, vel eidem, vel alii: sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur: eaque mancipatione desinit in potestate patris esse.

§ 6. 7 I. h. t. (1, 12): Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa,

---

[2] Nur gewisse hohe Würden befreien von der väterlichen Gewalt, wie im Eingange des Paragraphen bemerkt ist.

recta via apud competentes judices, vel magistratus parentes intrent et filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent. — Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium et ex eo nepotem, vel neptem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere, et ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere.

L. 3 § 1 D. de capite minutis (4, 5) (Paulus): Emancipato filio . . . capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.

Unserem heutigen Recht ist eine Emanzipation unbekannt. Das hängt mit den wesentlichen Änderungen zusammen, denen das Recht vom Elternverhältnis in Deutschland, inbesondere durch das B.G.B., unterworfen worden ist. Das B.G.B. hat den deutschrechtlichen Gedanken voll durchgeführt, dafs die väterliche Gewalt der Vormundschaft sich annähert, dafs sie nicht, wie bei den Römern, eine Gewalt ist um des Vaters willen (solange der Vater lebt), dafs sie an erster Stelle eine Gewalt ist um des Kindes willen und dafs sie darum zur Beendigung bestimmt ist, sobald das Schutzbedürfnis des Kindes nicht mehr vorliegt. Nach dem B.G.B. erlischt die elterliche Gewalt kraft Rechtsnotwendigkeit mit der Volljährigkeit des Kindes (oben S. 622). Solange das Kind minderjährig ist, mufs es um seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit willen unter der Gewalt stehen (darum gibt es keine Emanzipation), und sobald die Volljährigkeit erreicht ist, wird das Kind heute frei ohne Emanzipation. Das B.G.B. hat ferner den grofsen Schritt getan und auch der Mutter die elterliche Gewalt (desselben Inhalts wie beim Vater) übertragen: nicht neben dem Vater, aber nach dem Vater, B.G.B. § 1684 ff. Wenn der Vater gestorben ist (das ist der Hauptfall), tritt heute nicht mehr, wie nach bisherigem Recht, Vormundschaft ein, sondern die Mutter erlangt die elterliche Gewalt über ihre minderjährigen Kinder, die sie nur verliert, wenn sie wieder heiratet, B.G.B. § 1697 (während die väterliche Gewalt des Witwers durch Wiederverheiratung nicht berührt wird). Die Steigerung, welche die rechtliche Stellung der Frau durch unser neues bürgerliches Recht erfahren hat, kommt am deutlichsten hier zum Ausdruck. Die Frau ist nun-

mehr imstande, auch von Rechts wegen die Herrin ihres Hauses darzustellen.

III. Die Vormundschaft.

§ 103.

Die Arten der Vormundschaft.

Die vormundschaftliche Gewalt ist Familiengewalt zwecks Schutzgewährung für den Schutzbedürftigen. Das römische Recht hat zwei Arten der Vormundschaft ausgebildet: die tutela und die cura. Tutela ist die Vormundschaft über einen Unmündigen. cura die Vormundschaft über einen Mündigen (der doch der „Pflege" bedürftig ist). Beide Gewalten sind in der alten Zeit an erster Stelle nicht um des Schutzbedürftigen, sondern um der Familie willen ausgebildet worden. Vormund war der nächste männliche Erbe (tutela legitima, cura legitima). Die Vormundschaft sollte ihn in stand setzen, das dem Schutzbedürftigen zugefallene Vermögen der Familie (zunächst sich selbst, dem Erben) zu erhalten. Der Unmündige ist eine unvollkommene Persönlichkeit[1]. Er wird nach dem Tode seines Vaters gewissermafsen mit seinem Vermögen vererbt auf den nächsten Agnaten. Die tutela legitima ist eine dem nächsten Erben (Agnaten) kraft Erbgangs zufallende potestas[2]. Ganz geradeso fällt der Wahnsinnige kraft Erbgangs mit seiner pecunia in die potestas des nächsten Anverwandten. Erst die spätere Entwickelung hat aus der egoistischen Gewalt des Vormundes ein altruistisches an erster Stelle dem Mündel dienendes Amt (munus) gemacht. Aber noch bis zuletzt stand die römische Vormundschaft, obgleich sie eine Sorge auch für die Person des Mündels in sich

---

[1] Die Rechtssätze von der Pupillarsubstitution (unten § 113 Anm. 4) deuten auf ursprüngliche beschränkte Rechtsfähigkeit (beschränkte Erbfähigkeit) des impubes: stirbt der impubes zwar nach dem Vater aber noch intra pubertatem, so gilt es als ob der Vater gar nicht von dem impubes beerbt wäre; der impubes wird ein rechter Erbe erst, wenn er die pubertas erreicht hat. Die Frau war in alter Zeit unmündig gleich dem impubes.

[2] Die tutela legitima fällt unter den Begriff und Namen der manus (oben S. 591), Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 75 Anm. 3. Sie ist jus ac potestas in capite libero (pr. J. 13, 1; l. 1 pr. D. 26, 1).

schlofs, an erster Stelle in Beziehung zu dem Vermögen des Mündels, und die Unterscheidung der beiden Arten der Vormundschaft beruht grundsätzlich in der verschiedenen Stellung, welche die Vormünder zu der Verwaltung des Mündelvermögens einnehmen.

Das Eigentümliche der tutela ist die auctoritatis interpositio, d. h. die gegenwärtige Beihilfe zum Abschlufs von Rechtsgeschäften. Durch seine unmittelbar bei Abschlufs des Geschäfts erteilte Einwilligung (er gewährleistet das Geschäft, auctor fit) macht der tutor den Mündel fähig, das Geschäft selber abzuschliefsen. Ohne tutoris auctoritas ist das Geschäft des Unmündigen nach Zivilrecht grundsätzlich ungültig. Der Gedanke der alten Zeit war: der Unmündige soll nicht zum Nachteil seines nächsten Erben (des Tutor) sein Vermögen mindern können. Darum kann er nur in Gemeinschaft mit seinem tutor verfügen. Das war grundsätzlich der ganze rechtliche Inhalt der Tutel[8]. Erst das jüngere Recht hat den neuen Gedanken, dafs die auctoritatis interpositio dem Mündel diene seine unvollkommene Geschäftsfähigkeit zu ergänzen, dafs sie das Mittel sein soll, eine das Interesse des Mündels wahrnehmende Geschäftsführung (gestio) in's Werk zu setzen. Die Frauentutel hat diese Entwickelung nicht mitgemacht: die Frau

[8] L. 1 pr. D. 26, 4: Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt — ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Dafs der impubes schon durch den ihm anhaftenden natürlichen Willensmangel am Abschlufs von Rechtsgeschäften rechtlich verhindert sei, war durchaus nicht die Meinung des alten Rechts: das Rechtsgeschäft kam durch das rechtsförmliche Wort zustande, auch ohne Willen, und wer des Wortes mächtig war (qui fari potest), hatte Geschäftsfähigkeit, vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 289 und oben S. 252 Anm. 1. Dem tutor mufste darum Macht über den impubes (ebenso über die Frau) gegeben werden, das Recht der auctoritatis interpositio, um vermögensmindernde Geschäfte des Mündels zu verhindern. Die Frauentutel ist auf diesem Standpunkt verblieben. Sie erschöpfte sich in dem Recht der auctoritatis interpositio, bis sie verschwand. Für den impubes aber trat der Gesichtspunkt seiner natürlichen Geschäftsunfähigkeit und der Notwendigkeit ihrer Ergänzung in den Vordergrund. Damit war die Bahn beschritten, welche die tutela aus einer potestas in ein munus verwandelte.

ward mündig gleich dem Manne, die Tutel starb ab. Aber die Tutel über den impubes hat die gestio in sich aufgenommen[4]. So kann sich für den tutor mit dem Recht der auctoritatis interpositio Recht und Pflicht der Vermögensverwaltung für den Mündel (gestio) verbinden, aber begrifflich notwendig ist dem tutor als solchem die Geschäftsführung im Dienste des Mündels nicht.

Nach altem Recht gab es zweierlei Unmündige: die impuberes und die Frauen. So gab es zwei Anwendungsfälle der tutela: die tutela impuberum (in der Regel mit gestio) und die tutela mulierum (ohne gestio).

Das Wesen der cura ist dagegen von vorneherein die Befugnis zur Vermögensverwaltung (gestio), d. h. das Recht des Kurators, über das Vermögen seines Pflegebefohlenen zu verfügen. Der Kurator ist bestimmt, den Verwaltungsunfähigen von der Verwaltung seines Vermögens auszuschliefsen und das Vermögen seines Pfleglings in seine eigne Hand zu nehmen. Es kann keinen curator ohne gestio geben. Dagegen fehlt dem curator die auctoritatis interpositio. Er kann dem Geschäftsunfähigen nicht helfen, dennoch selbst rechtsgeschäftlich zu handeln.

Die römische cura hat (soweit sie Personenvormundschaft ist) drei Anwendungsfälle: die cura minorum (über einen vollkommen Geschäftsfähigen), die cura prodigi (über einen unvollkommen Geschäftsfähigen), die cura furiosi (über einen vollkommen Geschäftsunfähigen).

Aus den entwickelten Grundsätzen ergibt sich von selbst die Form, welche die römische Vormundschaft in den einzelnen Anwendungsfällen annimmt.

I. Die Altersvormundschaft hat nach römischem Recht die beiden Stufen der tutela impuberum und der cura minorum.

1. Tutela impuberum. Der tutor handelt anstatt des Mündels (in Ausübung seines Rechtes der gestio), oder der Mündel

[4] Doch beweist die ursprüngliche blofse Dolushaftung des tutor (oben S. 467 Anm. 3), dafs der Gedanke einer Pflicht zu ordnungsmäfsiger gestio erst sehr langsam sich durchsetzte.

handelt, sobald er die infantia überschritten hat, unter Beihilfe des tutor (auctoritatis interpositio), sofern es sich um Veräufserungs- oder Verpflichtungsgeschäfte handelt. Erwerbsgeschäfte schliefst der impubes infantia major ohne Mitwirkung des tutor gültig allein ab (oben S. 252).

2. Cura minorum. Die lex Plaetoria (um 190 v. Chr.) gestattete, dafs der vaterlose pubes minor XXV annis aus besonderen Gründen von der Obrigkeit (dem Prätor) einen curator sich erbitte. Diese Erbittung ward dann die Regel, auch wenn keine besonderen Gründe vorlagen. Der minor pubes ist und bleibt nach römischem Recht vollkommen geschäftsfähig, auch wenn er einen curator hat, wird aber durch die Anordnung der cura der Vermögensverwaltung des curator unterworfen: seit Diokletian wird er durch den curator von der eignen Verwaltung seines Vermögens ausgeschlossen (oben S. 254). Seine Erwerbsgeschäfte sind nach wie vor schlechtweg gültig, aber für seine Veräufserungs- und Verpflichtungsgeschäfte bedarf es der Zustimmung des curator (welche vor, bei oder nach dem Rechtsgeschäft erteilt werden kann), um dasselbe für sein Vermögen wirksam zu machen.

pr. I. de auct. tut. (1, 21) s. oben S. 253.

pr. I. de curat. (1, 23): Masculi quidem puberes et feminae viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen hujus aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint.

§ 2 eod.: Item inviti adulescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.

II. Die tutela mulierum. Um ihres Geschlechtes willen steht auch die erwachsene Frau, falls sie weder in patria potestate noch in manu mariti sich befindet, noch nach klassischem Recht unter Vormundschaft (Geschlechtsvormundschaft) eines tutor, dessen auctoritatis interpositio der Frau für die Führung eines zivilen Prozesses (legis actio und judicium legitimum, vgl. oben S. 288) sowie für den gültigen Abschlufs aller Verpflichtungsgeschäfte und aller negotia juris civilis (z. B. Manzipation, in jure cessio, Testament) unentbehrlich ist. Die Frau selber verwaltet ihr Vermögen — der tutor mulieris hat keine gestio —,

aber zu ihrer Vermögensverwaltung bedarf die Frau in den genannten Fällen[5] der in praesenti erteilten Einwilligung ihres tutor. Die hierin liegende Beschränkung war jedoch schon in der klassischen Zeit eine blofse Form. Der tutor, welcher seine auctoritas verweigerte, konnte von der Frau zur Erteilung derselben gezwungen werden. Nur der legitimus tutor konnte nicht gezwungen werden und besafs also eine wirkliche Gewalt. Aber gerade diese legitima tutela, von welcher die ganze Einrichtung ihren Ausgang genommen hatte, war bereits durch ein Gesetz des Kaisers Klaudius (lex Claudia), welches die Agnatentutel aufhob, ihrer praktischen Bedeutung entkleidet worden[6].

---

[5] Nach altem Zivilrecht, welches nur negotia juris civilis kennt, war also die Frau für alle Rechtsgeschäfte von dem alleinigen Abschlufs derselben ausgeschlossen. Sie konnte ohne Mitwirkung (auctoritas) ihres tutor nicht über ihr Vermögen, jedenfalls nicht über ihre familia (die res mancipi, vgl. oben S. 361) verfügen. Selbst die Ersitzung der von der Frau ohne tutoris auctoritas tradierten res mancipi war ausgeschlossen. Gaj. II § 47.

[6] Tutela legitima mulierum war die auf den zwölf Tafeln bezw. deren interpretatio ruhende Vormundschaft: 1. der Agnaten (über die unverheiratete Verwandte), 2. des patronus (über die unverheiratete liberta), 3. des parens manumissor (des Vaters über die emanzipierte unverheiratete Tochter bezw. Enkelin, vgl. S. 621). Der wichtigste Fall war die tutela legitima agnatorum und dieser Fall ward durch die lex Claudia beseitigt. Der tutor legitimus mulieris war durch zwei Rechtssätze ausgezeichnet: 1. er konnte seine auctoritas zur Testamentserrichtung, zur Veräufserung durch mancipatio, zur Verpflichtung durch negotium civile verweigern (praeterquam si magna causa interveniat); da ihm jedoch gegen die Verheiratung seiner Mündelin ein Veto nicht zustand, so konnte diese durch Eingehung einer Ehe mit manus seiner Vormundschaft sich entziehen, und kam eine coëmtio fiduciae causa auf, welche nur tutelae evitandae causa vorgenommen wurde: die Frau schlofs scheineshalber eine Koëmtionsehe mit einem Dritten, welcher sie (kraft der fiduziarischen Klausel) durch remancipatio (S. 607) aus der Ehe entlassen mufste, so dafs der manumissor zum tutor (sogenannten tutor fiduciarius) der Frau wurde, welcher dann (als non legitimus) ein tutor ohne Veto war; 2. die tutela legitima mulierum konnte durch in jure cessio auf einen Dritten übertragen werden (tutor cessicius), doch ging die tutela cessicia nicht blofs durch Tod und capitis deminutio des tutor cessicius, sondern ebenso durch Tod und capitis deminutio des cedens zu Ende, und zeigt auch diese beschränkte Wirkung der in jure cessio (welche nur die Verwaltung der Vormundschaft als übergegangen erscheinen läfst), dafs die in jure cessio tutelae bereits der vorgerückteren Zeit angehört, welche

In der nachklassischen Zeit ist das ganze Institut der tutela mulierum verschwunden.

Ulp. tit. 11 § 1: Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis: sed masculis quidem impuberibus dumtaxat propter aetatis infirmitatem, feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam.

Eod. § 25: Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt, mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

Eod. § 27: Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege, aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant, in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent; pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipii alienatione tutoris auctoritate opus est.

Gaj. Inst. I. § 190: Mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdem causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

III. Die cura furiosi geht auf die zwölf Tafeln zurück, welche den Wahnsinnigen in die Hand seines nächsten Erben Agnaten bezw. Gentilen, vgl. unten § 111) gaben und dem Erben zugleich die pecunia, d. h. die res nec mancipi, des furiosus zusprachen. Die pecunia fiel dem Erben zu freier Verfügung zu: er hatte nur den Wahnsinnigen zu „pflegen", d. h. ihn zu alimentieren. Die res mancipi (die familia) des furiosus blieben deshalb von der potestas des Erben ausgenommen. Als aber später der curator furiosi zu einem den Interessen des Geisteskranken dienenden negotiorum gestor ward, erstreckte seine gestio sich auch auf die res mancipi, so daſs er nunmehr (so schon nach klassischem Recht) ermächtigt und verpflichtet war, das ganze Vermögen des Wahnsinnigen anstatt desselben zu verwalten[7].

---

selbst für die tutela legitima mulieris eine volle Veräuſserung der Vormundschaft (der Zuständigkeit nach) ausschloſs. Vgl. oben S. 64 Anm. 7. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 299.

[7] Vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 81.

XII tab. V, 7: Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.

IV. Die cura prodigi wird gleichfalls auf die zwölf Tafeln zurückgeführt. Sie bezieht sich auf den interdizierten (entmündigten) Verschwender Denjenigen, der seine ererbten[8] bona paterna avitaque verschleuderte, entsetzte die Obrigkeit (der Prätor) von seinen Gütern (bona) und vom commercium. Die bona, die dem prodigus „verboten" werden (bonis interdicitur) umfassen im prätorischen Sprachgebrauch sowohl die res mancipi wie die res nec mancipi. Das commercium bedeutete die zivile Verkehrsfähigkeit unter Lebenden (oben S. 194). So war dem prodigus die Möglichkeit der zivilen Verkehrgeschäfte, auch die Möglichkeit des Erwerbs durch mancipatio, genommen (ebenso wie der Frau). Er fiel mit seinen bona[9] unter die cura legitima seines nächsten agnatischen bezw. gentilizischen Erben. Aber der curator prodigi hatte niemals willkürliche Gewalt über die bona des Interdizierten (die cura prodigi ist augenscheinlich jünger als die cura furiosi): seine Gewalt war naturgemäfs von vornherein darauf angelegt, blofs geschäftsführende Gewalt im Interesse des Pfleglings (und seiner Kinder) zu sein. Auch die Stellung des prodigus selber mufste notwendig bald eine andere werden, weil die Entziehung des commercium mit der stetig steigenden Bedeutung der negotia juris gentium ihre praktische Bedeutung einbüfste. Das klassische Recht unterscheidet die Geschäfte nach ihrer Wirkung: der Erwerbsgeschäfte bleibt der prodigus fähig, von Veräufserungs- und Verpflichtungsgeschäften ist er durch seine Entmündigung ausgeschlossen.

Paul. Sent. III, 4a § 7: Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna avitaque

---

[8] Die zwölf Tafeln setzten Ererbung ab intestato voraus. Aber der Prätor erstreckte das Verfahren auch auf den, der die ex testamento seines Vaters ererbten Güter verschleuderte, Ulp. tit. 12 § 3.

[9] Falls der von den zwölf Tafeln vorausgesetzte Tatbestand (oben Anm. 8) vorlag. Im anderen Fall (die Güter waren ex testamento vom Vater ererbt) ward ein honorarischer curator vom Prätor frei ernannt (Ulp. tit. 12 § 3): die nicht zivile, vom Prätor eingeführte cura war stets eine dativa (vgl. § 104 Ib).

nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.

L. 6 D. 45, 1, oben S. 253.

Ulp. tit. 12, unten S. 634.

V. Es gab noch andere Fälle der cura im späteren römischen Recht, die sämtlich honorarischen Ursprungs sind und darin übereinkommen, dafs es sich um eine Fürsorge nur für bestimmte Angelegenheiten handelt: z. B. zur Aushilfe neben einem tutor oder zur Beihilfe für einen Altersschwachen oder Gebrechlichen (sogenannte cura debilium personarum). Die meisten Fälle dieser Art fallen unter den Gesichtspunkt der cura bonorum, d. h. der Pflege nur für bestimmte Vermögensangelegenheiten. Beispiele: der curator ventris (oben S. 184), der Konkurskurator (oben S. 334 Anm. 75), der curator absentis (Abwesenheitspfleger, vgl. B.G.B. § 1911), der curator hereditatis jacentis (Nachlafspfleger, vgl. B.G.B. § 1961). In all diesen Fällen der beschränkten Pflege handelt es sich nicht um Familiengewalt und darum nicht um Vormundschaft, sondern um von Staats wegen eintretende öffentliche Fürsorge. Unter unseren Begriff der Vormundschaft fällt nur die römische Personenkura (die oben behandelten drei Fälle).

Dem entspricht der heutige Sprachgebrauch. Als Vormundschaft fafst das B.G.B. die Familiengewalt über elternlose Minderjährige und die über entmündigte Grofsjährige (Geisteskranke, Geistesschwache, Verschwender, Trunksüchtige, B.G.B. § 6) zusammen, also die Fälle, welche der römischen tutela und der cura minorum, furiosi, prodigi entsprechen. Der römische Unterschied von tutela und cura ist, wie schon im gemeinen Recht, auf dem Gebiet der Personenbevormundung verschwunden. Die Fürsorgegewalt nur für bestimmte Angelegenheiten aber (insbesondere also die Güterpflege: cura bonorum) wird als „Pflegschaft“ von der Vormundschaft unterschieden, wenngleich sie als ein der Vormundschaft ähnliches Verhältnis sich darstellt (B.G.B. §§ 1909ff.).

§ 104.

Berufung zur Vormundschaft.

I. Die Berufungsgründe. a. Für die tutela gibt es drei Berufungsgründe (sogenannte Delationsgründe): das Gesetz (tutela legitima), das Testament (tutela testamentaria) und die obrigkeitliche Ernennung (tutela dativa).

Die tutela legitima gebührt dem nächsten zur Vormundschaft fähigen Erben des Mündels, also nach Zivilrecht dem nächsten Agnaten (eventuell, wenn kein Agnat da ist, dem nächsten Gentilen). Mit der Reform des Erbrechts hat dann das spätere Kaiserrecht auch die gesetzliche Berufung zur Vormundschaft reformieren müssen. Nach Justinianischem Recht wird kraft Gesetzes der nächste, zur Vormundschaft fähige Kognat des Mündels berufen.

Aber in der patria potestas (und ebenso in der manus mariti) ist das Recht enthalten, die tutela legitima durch testamentarische Ernennung eines Vormundes auszuschliefsen (tutela testamentaria)[1]. Dem Testament des Vaters wird nach spätkaiserlichem Recht das im Testament bestätigte Kodizill (vgl. unten § 115 a. E.) gleichgeachtet. Hat der Vater aber in einem nicht bestätigten Kodizill oder hat er einem emancipatus oder hat ein Dritter (z. B. die Mutter) dem Mündel einen Vormund im Testament ernannt, so bedarf es immer der obrigkeitlichen Bestätigung (confirmatio), welche indes der väterlichen Ernennung (in den genannten zwei Fällen) gegenüber sine inquisitione, also ohne weiteres (die confirmatio ist hier eine blofse Form), in den

[1] Die tutela testamentaria wird auf die zwölf Tafeln zurückgeführt. Sie knüpft an den Gedanken des alten Rechts an: dafs der gewaltunterworfene Unmündige kein rechter Erbe ist (oben S. 624 Anm. 1), vielmehr selber gewissermafsen zum Nachlafs des Verstorbenen gehört. Die Berufung zum tutor testamentarius erscheint als Zuwendung, nämlich des impubes mit seinem Nachlafs, so dafs dem tutor ein Fideikommifs auferlegt werden kann (l. 41 § 2 D. 40, 5), vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 108 Anm. 30. Trotzdem kündigt sich in der tutela testamentaria und vollends in der obrigkeitlich gegebenen tutela dativa der Gedanke der Zukunft an, dafs die tutela der Fürsorge für den Mündel dient. Nur die tutela legitima war eine potestas (manus) alten Stils, Mitteis S. 76 Anm. 8.

übrigen Fällen jedoch erst ex inquisitione, nach freiem Ermessen, erteilt wird.

Ist weder ein tutor legitimus noch ein tutor testamentarius vorhanden, so hat die Obrigkeit das Recht, einen tutor zu ernennen (tutela dativa im engeren Sinn)[2]. Dies Recht übte der praetor urbanus in der Stadt Rom, der praeses provinciae in der Provinz. Die lex Atilia (wohl aus dem 3. Jahrh. v. Chr.) verpflichtete den Prätor, bei dieser Ausübung seines imperium die Volkstribunen, wenigstens die Mehrheit derselben, als consilium zuzuziehen (tutor Atilianus)[3]. Für die Provinzialstatthalter ward die Vormundschaftsernennung durch eine lex Julia et Titia geregelt. Später gab es in Rom besondere praetores tutelares, und wurden auch noch andere Magistrate (Konsuln, Munizipalmagistrate) mit dem Recht der tutoris datio gesetzlich ausgerüstet. Zur postulatio tutoris, d. h. zur Erbittung eines tutor dativus, sind in solchem Fall die nächsten Intestaterben des Mündels, insbesondere Mutter und Grofsmutter, verpflichtet; bei Nichterfüllung dieser Pflicht gehen sie, falls der Mündel noch in der Unmündigkeit verstirbt, ihres Intestaterbrechts verlustig. Der obrigkeitlich „gegebene" tutor war natürlich von vornherein bestellt, ein Amt im Dienst des Mündels zu verwalten.

Ulp. tit. 11 § 14: Testamento nominatim tutores dati confirmantur lege duodecim tabularum his verbis: UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA JUS ESTO: qui tutores dativi appellantur.

§ 3 I. de tut. (1, 13): Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filio filiaque omnimodo procedit, nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri.

---

[2] Im weiteren Sinn heifsen tutores dativi auch die durch Testament bestellten Vormünder, vgl. Ulp. tit. 11 § 14, also alle gekorenen Vormünder (im Gegensatz zum tutor legitimus, dem geborenen Vormund).

[3] Wahrscheinlich ward durch die lex Atilia die Macht des Prätors zur Vormundsernennung (trotz l. 6 § 2 D. 26, 1) nicht begründet, sondern vielmehr eingeschränkt (Erfordernis der Mitwirkung der Tribunen), Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 41 Anm. 4.

b. Auch die Berufung zur cura erfolgte zivilrechtlich, also für die Fälle des alten Rechts (cura furiosi und die cura prodigi der zwölf Tafeln), durch Erbgang: cura legitima agnatorum. Für die vom Prätor geschaffenen honorarischen Fälle der cura (so für die cura minorum, die prätorische cura prodigi, vgl. S. 630 Anm. 9) galt freie obrigkeitliche Ernennung.

Ulp. tit. 12 § 1: Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur. § 2: Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse agnatorum. § 3: A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona: his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit. § 4: Praeterea dat curatorem ei etiam, qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest.

Nach unserem heutigen Recht erfolgt (wie schon nach gemeinem Recht) die Bestellung des Vormunds ausschliefslich durch die Obrigkeit (es gibt nur noch tutela dativa). Aber (grofsväterliche) Verwandtschaft und letztwillige Benennung durch Vater bezw. Mutter (Voraussetzung der Besitz der elterlichen Gewalt) geben ein Recht auf Bestellung (B.G.B §§ 1776—1779).

II. Die Fähigkeit zur Vormundschaft ist Voraussetzung für die Berufung zur Vormundschaft. Der Unfähige wird zur Vormundschaft nicht berufen, auch wenn er z. B. im Testament des Vaters zum tutor ernannt wäre. Unfähig zur Vormundschaft sind nach römischem Recht Nichtbürger, Frauen (ausgenommen Mutter und Grofsmutter, welche für die Dauer ihres Witwenstandes die Tutel über ihre unmündigen Kinder erbitten dürfen), und wer selbst der Vormundschaft bedarf.

L. 18 D. de tut. (26, 1) (Neratius): Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.

§ 13 I. de exc. tut. (1, 25): Minores autem XXV annis olim quidem excusabantur; a nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam aspirare . . . cum erat incivile, eos, qui alieno

auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

III. Die Wirkung der Berufung tritt grundsätzlich ipso jure ein. Der rechtsgültig berufene Vormund ist ohne weiteres Vormund. Die Vormundschaft fällt ihm an. Er ist nicht berechtigt, die Vormundschaft abzulehnen[4]. Die Übernahme der Vormundschaft ist nach späterem Recht ein munus publicum. Nur aus bestimmten, vom Gesetz festgestellten „Exkusationsgründen" (in dieser Hinsicht gilt jetzt B.G.B. § 1786) kann die angefallene Vormundschaft abgelehnt werden, wenn der Exkusationsgrund rechtzeitig bei der Obrigkeit geltend gemacht wird.

Allein dem tutor testamentarius steht es frei, der Vormundschaft willkürlich sich zu entschlagen, und der vom Prätor zum tutor oder curator Ernannte kann durch Benennung eines näher Verpflichteten (potioris nominatio) der Vormundschaft sich entziehen.

L. 5 § 10 D. de adm. tut. (26, 7) (Ulpian.): Ex quo innotuit tutori, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere.

L. 1 § 1 eod. (Ulpian.): Id enim a divo Marco constitutum est, ut qui scit, se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.

pr. I. de exc. tut. (1, 25): Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint sive emancipati. Si enim tres liberos quis superstites Romae habeat, vel in Italia quattuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura potest excusari.

§ 105.

Die Wirkung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft berechtigt den Vormund einerseits (Geschäftsführungsmacht) und sie verpflichtet den Vormund andererseits.

I. Sie gibt dem Vormund Geschäftsführungsmacht nach Mafsgabe seiner gestio (seines Rechts zur Vermögensver-

[4] Wohl aber konnte er sich nach altem Recht, da er nur für dolus, nicht für diligentia haftete (oben S. 467 Anm. 3), der Führung der Vormundschaftsgeschäfte enthalten.

waltung). Also: der tutor kann ohne Geschäftsführungsmacht sein, der curator nicht. Die Geschäftsführungsmacht des mit dem Recht der gestio ausgerüsteten Vormundes ist im Zweifel die Befugnis, alle Rechtsgeschäfte auf Rechnung des Mündels abzuschliefsen. Nur Schenkungsgeschäfte sind ausgenommen, und nach einer oratio divi Severi (195 n. Chr.) auch die Veräufserung von praedia rustica und suburbana des Mündels. Dies Veräufserungsverbot ist dann auf alle erheblicheren Veräufserungen, welche nicht zur laufenden Verwaltung gehören, erstreckt worden. Zur gültigen Veräufserung gehört in solchem Fall ein obervormundschaftliches Veräufserungsdekret (Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde). Ebenso ist heute für eine Reihe von wichtigeren Geschäftsführungshandlungen des Vormunds obervormundschaftliche Genehmigung vorgeschrieben (B.G.B. §§ 1819—1825).

Infolge der Enge des römischen Stellvertretungsrechts mufste aber die Geschäftsführung des Vormunds ursprünglich formell eine Geschäftsführung im eignen Namen sein. Lehnte doch das Zivilrecht grundsätzlich die Stellvertretung ab. Erwerbs- und Verpflichtungsgeschäfte wirkten für den Vormund, nicht für den Mündel. Veräufserungsgeschäfte durch negotium civile (mancipatio, bezw. in jure cessio) waren dem tutor für das Mündelvermögen unmöglich. Die Veräufserung mufste vom Mündel selber unter auctoritas seines tutor vollzogen werden. Aber das prätorische Sachenrecht half aus. Die Tradition konnte in fremdem Namen mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen vorgenommen werden und die Tradition genügte, bonitarisches Eigentum (oben S. 367) für den Mündel zu erwerben bezw. zu veräufsern. Auch in das Recht der Verpflichtungsgeschäfte griff der Prätor ein. Während Dauer der Vormundschaft blieb es allerdings bei dem zivilrechtlichen Grundsatz, dafs der Vormund aus dem von ihm geschlossenen Kontrakt wie Gläubiger so Schuldner werde. Aber nach Beendigung der Vormundschaft verweigerte der Prätor die actio directa für und gegen den Vormund und gab nur noch actio utilis für und gegen den Mündel[1]. So hat der Stellver-

---

[1] Zu dem Obigen vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 203 ff. und oben S. 258 ff.

tretungsgedanke in der Hauptsache schon im römischen Recht seinen Einzug in das Recht der Vormundschaft gehalten. Heute versteht es sich von selber, dafs der Vormund berechtigt ist, seiner Geschäftsführung als gesetzlicher Vertreter des Mündels obzuliegen.

Es können mehrere Vormünder für denselben Mündel bestellt sein, z. B. durch Testament, oder infolge gleich naher Verwandtschaft. Dann hat jeder einzelne Vormund im Zweifel volle Geschäftsführungsmacht. Es kann aber eine Teilung der Geschäftsführung bestimmt sein: nach Geschäftszweigen oder nach örtlichen Rücksichten usf. Es kann auch einem allein die Geschäftsführungsmacht (natürlich dann die ganze) gegeben sein. Dieser eine heifst dann tutor gerens. Die Vormünder ohne Geschäftsführung heifsen tutores honorarii. Der Mangel der Geschäftsführungsmacht (gestio) nimmt aber nicht das Recht der auctoritatis interpositio. Der tutor honorarius kann zwar nicht anstatt des Mündels handeln, aber er kann dem Mündel durch seine auctoritas helfen, selbst zu handeln. Die auctoritatis interpositio des römischen Rechts hat als solche die gestio weder zur Voraussetzung noch zum Inhalt[2].

L. 1 pr. D. de reb. eor. (27, 9) (Ulpian.): Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores, praedia rustica vel suburbana distrahere.

L. 22 § 6 C. de adm. tut. (5, 37) (Constantin.): Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti; exceptis his dumtaxat vestibus, quae detritae usu, aut corruptae servando servari non poterint. § 7: Animalia quoque supervacua minorum, quin veneant, non vetamus.

II. Die Auffassung der alten Zeit von der Tutel als einer

---

[2] Daher ist denn auch der tutor gerens mit blofser Teilgeschäftsführungsmacht dennoch immer tutor honorarius (mit dem Recht der auctoritatis interpositio) für jede Handlung des Mündels. Aber die auctoritatis interpositio vermag als solche nur die Formrichtigkeit der Rechtshandlung herbeizuführen. Die Entscheidung, ob das Veräufserungs- oder Verpflichtungsgeschäft vorzunehmen ist, gehört zur gestio. Daher genügt die auctoritatis interpositio eines tutor honorarius nicht, um die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Verfügung herbeizuführen; vgl. Puchta, Vorlesungen, § 352. — Über den Unterschied von auctoritas und gestio s. A. Pernice, Labeo, Bd. 1, S. 184 ff.

potestas im Interesse des Vormunds sprach sich in der bloſsen Deliktshaftung (Dolushaftung) des tutor aus. Seit dem Ausgang der klassischen Zeit aber ist die längst vollzogene Änderung des Wesens der Vormundschaft auch in dieser Hinsicht durchgedrungen. Es gilt die Diligenzhaftung: die Vormundschaft verpflichtet den Vormund zur sorgfältigen Geschäftsführung. Alles, was im Interesse des Mündels ordentlicherweise zu geschehen hat, um sein Vermögen nicht bloſs zu erhalten, sondern auch zu vermehren, z. B. durch geeigneten Ankauf von Grundstücken oder verzinsliche Anlegung von Mündelgeldern oder Fortsetzung des dem Mündel gehörigen Gewerbebetriebes, alle Handlungen dieser Art liegen dem Vormund ob, damit für den Mündel ebensogut gesorgt sei, wie wenn der Mündel selbst imstande wäre, seinem Vermögen vorzustehen. Doch haftet der Vormund nach römischem Recht nur für diligentia quam suis rebus (vgl. oben S. 532), — ein letzter Rest seiner ursprünglichen bloſsen Dolushaftung (heute haftet der Vormund wie jeder andere Geschäftsführer für omnis diligentia, d. h. für jedes Verschulden, B.G.B. § 1833). Hat der Vormund diese Sorgfalt versäumt, so schuldet er dem Mündel Schadensersatz. Ebenso natürlich, wenn er ohne obervormundschaftliche Genehmigung, also unter Überschreitung seiner Geschäftsführungsmacht, wichtigere Veräuſserungshandlungen vornahm oder die Mündelgelder unterschlug oder im eigenen Nutzen verwandte usf. Um diese Schadensersatzpflicht sicherzustellen, ist der Vormund (von Ausnahmsfällen abgesehen)[8] verpflichtet, bei Antritt der Vormundschaft die Vormundschaftskaution (rem pupilli salvam fore) durch Bürgen oder Pfandbestellung zu leisten. Ja, dem Mündel steht kraft späteren Kaiserrechts ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen seines Vormundes zu.

Ferner haftet der Vormund nach Beendigung der Vormundschaft für Rechenschaftslegung und für Herausgabe des Mündelvermögens an den Mündel.

---

[8] Von der Pflicht zur Bestellung der Vormundschaftskaution befreit war der vom Vater und der von einem höheren Magistrat ernannte Vormund. Heute wird eine Vormundschaftskaution überhaupt nur „aus besonderen Gründen“ vom Vormundschaftsgericht verlangt, B.G.B. § 1844.

Diese Pflichten des Vormundes geltend zu machen, dient dem Mündel die actio tutelae directa gegen den Vormund, — nach römischem Recht eine infamierende Klage (vgl. oben S. 208). Sind mehrere Vormünder bestellt, so haftet jeder Vormund auf das Ganze, aber bei geteilter Geschäftsführung, oder wo nur einer überhaupt Geschäftsführungsmacht besafs, zunächst der geschäftsführungsbefugte und an erster Stelle verantwortliche. Die übrigen erst in zweiter Reihe: soweit vom zunächst Verpflichteten Befriedigung nicht erlangt werden kann. Aufserdem können, gleichfalls erst in zweiter Reihe, diejenigen in Anspruch genommen werden, welche den Vormund vorschlugen (postulatores, nominatores), oder seine Tauglichkeit vor der Obrigkeit bezeugten (affirmatores), sowie endlich die Obrigkeit selbst (aber nach römischem Recht nur magistratus minores, z. B. Munizipalmagistrate), welche bei Bestellung oder Beaufsichtigung des Vormundes nachlässig gewesen ist.

Wegen Unterschlagung von Mündelgut wird gegen den Vormund die actio rationibus distrahendis auf das Doppelte gegeben (Schadensersatz und Strafe). Diese Klage (die auf die zwölf Tafeln zurückgeführt wird, l. 55 § 1 D. 26, 7), eine Deliktsklage, war geschichtlich die Vorläuferin der erst später (aber noch in den letzten Jahrhunderten der Republik) ausgebildeten actio tutelae.

Der Vormund hat seinerseits gegen den Mündel ein Recht, seine Auslagen ersetzt zu verlangen, welches er mit actio tutelae contraria geltend macht.

Im Fall der cura sind die Klagen aus der negotiorum gestio zuständig (oben S. 531).

Protutor ist, wer in der Rolle eines Vormundes gehandelt hat (mochte er sich für den Vormund halten oder nicht), ohne es zu sein oder, falls er wirklich Vormund war, ohne es zu wissen. Hier wird actio protutelae directa und contraria gegeben.

L. 1 pr. D. de tut. (27, 3) (Ulpian.): In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc (tutelae) judicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.

§ 106.
Die Aufhebung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft endigt (von Tod und magna capitis deminutio abgesehen) regelmäfsig ipso jure mit der Aufhebung des Grundes, welcher sie erzeugte, z. B. durch Grofsjährigkeit des Mündels, durch Genesung des Geisteskranken: die cura prodigi jedoch nimmt erst mit dem Dekret der Obrigkeit ein Ende. welches auf Grund eingetretener Besserung die Entmündigung und damit die Vormundschaft aufhebt.

Aufserdem gibt es eine Absetzung des Vormundes durch die Obervormundschaft, und zwar eine einfache Absetzung des zur Verwaltung der Vormundschaft Ungeeigneten (sogenannte excusatio necessaria) und eine schimpfliche (nach römischem Recht im Fall des dolus infamierende) Absetzung des treulosen Vormundes (sogenannte remotio suspecti tutoris). Berechtigt zur accusatio suspecti ist jedermann, verpflichtet ist der Mitvormund.

Niederlegung der Vormundschaft (abdicatio tutelae), welche nach klassischem Recht dem tutor testamentarius freistand, ist nach Justinianischem Recht für alle Vormünder nur aus Gründen (z. B. Verarmung, Taubheit, Blindheit) nach Ermessen der Obrigkeit zulässig.

Auch nach heutigem Recht gibt es keine Niederlegung der Vormundschaft durch blofsen Willensentschlufs des Vormunds: aber aus Gründen, welche die „Exkusation" von der Vormundschaft (oben S. 635) rechtfertigen würden, kann er seine Entlassung vom Vormundschaftsgericht erbitten (B.G.B. § 1889). Umgekehrt gibt es auch heute eine Entlassung des Vormunds ohne seinen Willen, die das Vormundschaftsgericht von sich aus verfügt: insbesondere wenn das Interesse des Mündels durch pflichtwidriges Verhalten des Vormundes gefährdet erscheint. B.G.B. § 1886.

§ 107.
Die Obervormundschaft.

Die Obervormundschaft ist die Staatsgewalt als Aufsichtsgewalt über die Vormundschaft. Sie sorgt schon nach klassischem römischem Recht beim Amtsantritt des Vormundes für die Bestellung der Vormundschaftskaution. Sie hat zu wichtigeren Veräufserungshandlungen ihre Zustimmung zu erteilen (S. 636) und unter Umständen die Absetzung des Vormundes zu vollziehen oder die Niederlegung der Vormundschaft zu genehmigen. Das gemeine deutsche Recht hat die obervormundschaftlichen Befugnisse noch bedeutend erweitert und die Obervormundschaftsbehörde zum Range einer oberleitenden Stelle für die gesamte Vormundschaftsführung erhoben. Auf dem gleichen Standpunkt steht das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch: die Führung der Obervormundschaft hat das Vormundschaftsgericht (Amtsgericht). Unter Umständen tritt an Stelle des Vormundschaftsgerichts der (aus dem französischen Recht herübergenommene) Familienrat: der Vormundschaftsrichter mit Vertretern der Familie (B.G.B. §§ 1858 ff.). Der Unterstützung des Vormundschaftsgerichts dient der Gemeindewaisenrat (B.G.B. §§ 1849 ff.).

Zweites Kapitel.
Das Erbrecht.

§ 108.
Grund und Begriff der Erbfolge.

Das Vorrecht des Vermögensrechts und ebenso der vermögensrechtlichen Verbindlichkeit (Obligation) ist die Unsterblichkeit. Der Eigentümer mag sterben, das Eigentum wird ihn überleben. Der Schuldner kann durch Tod hinweggenommen werden, nicht aber seine Schuld. Dadurch unterscheiden sich die Vermögensrechtsverhältnisse von allen personenrechtlichen (z. B. den familienrechtlichen) Rechten und Pflichten, auch von

den Rechten und Pflichten des öffentlichen Rechts, welche sämtlich grundsätzlich mit der Person des Berechtigten bezw. Verpflichteten untergehen. Auch einige Vermögensrechtsverhältnisse gibt es, welche kraft ihres Inhalts an eine bestimmte Person geknüpft sind und deshalb mit derselben verschwinden, z. B. der Niefsbrauch, die Strafzahlungsschuld aus dem Delikt. Aber das grundsätzliche Wesen des Vermögensrechts und des vermögensrechtlichen Schuldverhältnisses ist, sein Subjekt überleben und auf ein neues Subjekt übergehen zu können. Das Vermögen wird nicht zerstört durch den Tod seines Inhabers.

Weshalb? Weil die Familie noch da ist nach dem Tod des einzelnen. In der Urzeit ist die Familie (die Sippe) die einzige Eigentümerin, — es gibt nur Gesamteigentum, nicht Einzeleigentum. Aus dem Gesamteigentum der Sippe ist dann auf der einen Seite das Gesamteigentum der Gemeinde, auf der anderen Seite das Privateigentum des einzelnen entsprungen. Das Familienerbrecht ist die Nachwirkung jenes ursprünglichen Familieneigentums auf das Privateigentum. Mit dem Inhaber des Vermögens ist das eigentliche Subjekt des Vermögens nicht gestorben: die Familie ist noch da. Sie überlebt den Verstorbenen, und durch sie überlebt ihn sein Vermögen.

Die Verwandten, vor allem die eigenen Kinder, beerben den Verstorbenen kraft Rechtssatzes, kraft gesetzlicher Notwendigkeit, kraft ihres (einstigen) Miteigentums an dem Vermögen. Aber die Idee des Privateigentums wird stärker werden als die überlieferte Idee des Familieneigentums, und durch das Mittel des Testaments wird der Eigentümer sein vollfreies Verfügungsrecht, d. h. sein Alleineigentum, auch von Todes wegen der Familie gegenüber verwirklichen. Der Intestaterbfolge, welche die einzige Erbfolge alten Stils ist, tritt die testamentarische Erbfolge gegenüber. Doch die Erinnerungen einstigen Familieneigentums werden nicht vollständig verschwinden. Das Anrecht gewisser nächster Angehörigen ist so stark, dafs es das Aufkommen des Alleineigentums überdauert. Es kommt hinzu, dafs die Anforderungen dieses nächsten Familienkreises zugleich in gewissem Sinn öffentliche Anforderungen sind: der Staat ist daran interessiert, dafs den nächsten Angehörigen, welche auf den Erblasser in Bezug auf

ihre Existenz angewiesen sind, das Vermögen nicht ohne Grund entzogen werde. Deshalb wird mit der Entwickelung der testamentarischen Erbfolge gleichzeitig eine Erbfolge gegen das Testament (sogenannte Noterbfolge) aufkommen, welche zunächst das Gebiet bezeichnet, wo das Familieneigentum noch mächtiger ist als das Alleineigentum (Noterbrecht alten Stils), welche sodann aber unter den Händen der Gesetzgebung das ganze Gebiet ergreift, wo die Interessen der Familie zugleich Interessen des Staates sind. Der Testator wird genötigt werden, in gewissem Mafs den Ansprüchen seiner nächsten Angehörigen gerecht zu werden, und das Noterbrecht wird dem Zusammentreffen der Familieninteressen und der öffentlichen Interessen in gleicher Weise Ausdruck geben, wie das Intestaterbrecht den uralten Rechten der Familie, das testamentarische Erbrecht aber den Rechten des Individuums.

Die Familie — in welche der testamentarische Erbe nach der ursprünglichen Anschauung, die noch jedes andere Erbrecht aufser dem Familienerbrecht verwirft, durch Rechtsgeschäft aufgenommen wird — bedeutet die Kraft, welche das Vermögen im Fall des Todes vor dem Untergange rettet und damit Erbrecht und Erbfolge hervorbringt.

Die Form aber, welche das römische Recht der Erbfolge gegeben hat, ist die der Universalsukzession (Gesamtnachfolge) und zwar einer Universalsukzession, welche den Gedanken des Gesamterwerbs mit einer noch höheren Idee verbindet.

Die Universalsukzession (Gesamtnachfolge) bedeutet als solche nur die sogenannte acquisitio per universitatem: den durch einen personenrechtlichen Vorgang vermittelten einheitlichen (kraft eines einzigen Rechtsgrundes in einem und demselben Zeitpunkt eintretenden) Erwerb aller zu einem bestimmten Vermögen (Gut) gehörenden Vermögensrechte (vgl. oben S. 363). Das Vermögen („Gut“) ist ein Inbegriff von Gegenständen, d. h. von aktiven Vermögensstücken (Eigentumsrechten und sonstigen Vermögensrechten, oben S. 353). Diese sämtlichen Vermögensstücke führt die Universalsukzession dem Gesamterwerber zu, ohne dafs es für die einzelnen Vermögensstücke der zu ihrem Sondererwerb erforderlichen Voraussetzungen bedürfte. Solche Universalsukzession, die nur Gesamterwerb

bedeutet (schlichte Universalsukzession), tritt nach römischem Recht, wie wir bereits gesehen haben, ein durch die in manum conventio (falls die Frau vor der Ehe sui juris war) und die arrogatio (oben §§ 94. 100). In beiden Fällen überkommt der Gewalterwerber mit dem Eintritt des personenrechtlichen Verhältnisses ipso jure die sämtlichen Vermögensrechte des Gewaltunterworfenen, aber nur die Rechte, die Aktiva, nicht auch die Schulden. Eine schlichte Gesamtnachfolge begründet im heutigen Recht z. B. die Eingehung einer gütergemeinschaftlichen Ehe (die beiderseitigen Aktiva werden ipso jure gemeinschaftlich, B.G.B. § 1438, 2), ebenso der Anfall des Vermögens eines aufgelösten rechtsfähigen Vereins (B.G.B. § 45). Für die zugehörigen Schulden haftet der Erwerber zwar mit dem erworbenen „Gute", aber er haftet nicht persönlich, wie wenn es seine eignen Schulden wären[1]. Auch die deutsche Erbfolge begründete solche schlichte Universalsukzession. Der deutsche Erbe überkommt die sämtlichen zum „Erbe" (dem Nachlafs im allgemeinen) oder zur Gerade (der weiblichen Fahrnis) oder zum „Heergeräte" (der ritterlichen Fahrnis) gehörigen Gegenstände (die deutsche Erbfolge kann sich auf gewisse Sachgruppen beschränken), also einen Inbegriff (ein „Gut") kraft einheitlichen (erbrechtlichen) Rechtsgrundes, aber die Schulden des Erblassers werden nicht seine Schulden, wenngleich der deutsche Erbe mit dem ererbten Gute für die zugehörigen Schulden haftet. Immer bedeutet die schlichte Gesamtnachfolge (die Gesamtnachfolge als solche) nur eine Gesamt-Rechtsnachfolge (nicht auch Schuldennachfolge) und darum immer nur einen Gesamterwerb, einen rechtlich vorteilhaften Vorgang, wenngleich die Höhe der er-

[1] Nach Zivilrecht gingen die zivilen Schulden der Frau (bei in manum conventio) und des arrogatus durch die capitis deminutio unter, aber wenn der Mann, der pater arrogans die Schulden nicht zahlte, gab der Prätor Klage gegen den capite minutus und Vollstreckung in das von ihm eingebrachte Gut, oben S.. 594. 613. Ebenso haften heute diejenigen, denen das Vermögen des aufgelösten Vereins „anfällt", mit dem „Vermögen" für die Vereinsschulden (B.G.B. §§ 47 ff.), haften bei gütergemeinschaftlicher Ehe beide Ehegatten mit ihrem Anteil am Gesamtgut für die beiderseits eingebrachten Schulden (der Mann kraft Sonderrechtssatzes auch persönlich). Immer ist die schlichte Gesamtnachfolge als solche mit gegenständlich beschränkter Schuldhaftung verbunden.

langten Vorteile durch mitfolgende Schulden eine Minderung erfahren kann.

Auch die römische Erbfolge ist Gesamterwerb, acquisitio per universitatem. Aber sie ist noch mehr, und zwar in zweifacher Hinsicht.

Einmal: das Vermögen des Verstorbenen bleibt ein Ganzes, mit seinen Rechten, mit seinen Schulden, und als Ganzes geht es auf den (oder die) Erben über. Das Vermögen fällt nicht in verschiedene Sachgruppen, jede mit ihr zugehörigen Schulden, aus einander, wie das nach deutschem Erbrecht der Fall ist. Das Vermögen bleibt vielmehr eine Einheit. Jedem Erben fällt grundsätzlich das ganze Vermögen zu. Wenn mehrere Erben eintreten und daher concursu partes fiunt, teilt sich die Erbschaft unter sie nach ideellen (aliquoten), nicht nach reellen Teilen. Kein Erbe kann eine Sache oder eine Gruppe von Nachlafsstücken erben (es gibt keinen heres ex re certa, wie nach deutschem Recht). Eine Erbfolge gibt es nur in das Vermögen, in die Gesamtheit von Rechten und Schulden, welche der Erblasser hinterläfst (in universum jus defuncti).

Damit ist das andere gegeben: die erbrechtliche Universalsukzession unterscheidet sich von der schlichten Universalsukzession (der Nachfolge blofs in ein „Gut“) dadurch, dafs sie auch die Schulden überträgt, und zwar alle Schulden (soweit sie nicht, wie die Bufsschulden aus Delikt, durch Tod des Erblassers untergehen) auf jeden Erben: der Alleinerbe wird aus allen Schulden des Erblassers Alleinschuldner, der Teilerbe wird aus den teilbaren Schulden (nach römischem Recht) Teilschuldner, aus den unteilbaren Schulden neben seinen Miterben Gesamtschuldner auf das ganze (heute haftet jeder Miterbe aus allen Schulden des Erblassers grundsätzlich als Gesamtschuldner). Die Schulden gehen über, geradeso wie die Rechte, und zwar nicht lediglich als Minderung des Erwerbes (wie bei der schlichten Gesamtnachfolge), sondern ohne Rücksicht auf Erwerb, auch wenn gar kein Erwerb gemacht wird (denkbar ist die römische Erbfolge auch wenn der Erblasser nur Schulden hinterläfst). Der Erbe haftet für die Schulden des Erblassers nicht blofs mit dem Nachlasse, sondern persönlich mit seinem eigenen Vermögen, mit allem was

er hat. Also: er haftet, wie wenn diese Schulden von ihm selber kontrahiert wären. Oder, noch deutlicher ausgedrückt: er haftet geradeso, als ob er der Erblasser selbst wäre[2].

Damit ist das Wesen der im römischen, und nur im römischen Recht urständig entwickelten erbrechtlichen Universalsukzession ausgesprochen. Die römische Erbfolge ist keine Nachfolge blofs in einen Inbegriff von Rechten (schlichte Universalzukzession). Sie ist vielmehr zunächst und an erster Stelle Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers. Der Erbe gilt für die Vermögensverhältnisse (Eigentumsverhältnisse, Schuldverhältnisse usf.) so als ob er der Erblasser wäre. Als Erbe ist er vielmehr der Erblasser und darum berechtigt gleich dem Erblasser und verpflichtet gleich dem Erblasser. Er ist (als Erbe) ununterscheidbar von dem Erblasser. Folglich: der Erblasser ist vermögensrechtlich nicht tot, er lebt vielmehr in der Person des Erben. Das römische Privatrecht hat die privatrechtliche Persönlichkeit, den Eigentümer, den Schuldner, unsterblich gemacht. Die Unsterblichkeit der Vermögensrechte, sowie der Schulden, deren sachlicher Grund, wie wir gesehen haben, in der Tragkraft der Familie liegt, erscheint in der durchsichtig klaren Gestaltung des römischen Rechts formell als die logische Folge der Unsterblichkeit des Inhabers.

In der römischen Erbfolge ist die Gesamt-Rechtsnachfolge zur Persönlichkeitsnachfolge gesteigert. Das bedeutet, dafs der Erbe in alle Vermögensverhältnisse (darum auch in die Passiva), dafs er schlechtweg in die vermögensrechtliche Rechtslage (nicht blofs in die Rechte) des Erblassers eintritt[3]. Sonst gibt es nur Nachfolge in Rechte. Der Erbe tritt

---

[2] Die Kraft, mit welcher das römische Recht diesen Satz durchführt, drückt sich darin aus, dafs der Schuldenuntergang durch capitis deminutio in den beiden soeben (Anm. 1) besprochenen Fällen nach Zivilrecht nicht eintritt, soweit die Frau, der Arrogierte als Erbe Schuldner ist: hier wird durch den Gewalterwerb der Mann, der pater arrogans selber Erbe (an Stelle des capite minutus) und haftet darum wie ein Erbe für die Erbschaftsschulden mit seinem eigenen Vermögen (directo tenetur jure), Gaj. III § 84. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 99.

[3] So geht auf den Erben auch die Usukapionslage (oben S. 379 Anm. 5), nach B.G.B. § 857 auch die Besitzlage des Erblassers über.

in eine Rechtsstellung ein, in die vermögensrechtliche Rechtsstellung des Erblassers. Das ist und heifst Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit. Der Erbe nimmt den Herzogsmantel auf, der seinem Träger abgefallen. Er überkommt vermögensrechtlich die Rolle (persona) seines Erblassers. So wird jegliche Erschütterung der Vermögensverhältnisse vermieden. Der Erblasser findet in seinem Erben einen Nachfolger, der ihn vertritt. Nicht blofs die Rechte, sondern die sämtlichen Vermögensverhältnisse leben fort, trotz des Todes ihres Trägers.

Alle anderen Rechtsordnungen sind auch im Fall des Erbgangs bei blofser Rechtsnachfolge geblieben. Nur das römische Recht hat hier den Fortschritt gefunden und damit die geistige Überlegenheit auch gegenüber dem deutschen Erbrecht gewonnen, die dann nach der Rezeption zum Sieg der römischen Erbrechtsbegriffe über die deutschen geführt hat. So steht auch das B.G.B. § 1922 auf dem Boden des römischen Erbrechts, wenn es durch den Erbgang „das Vermögen als ganzes" übergehen läfst. Das ganze aller Vermögensverhältnisse bedeutet die vermögensrechtliche Persönlichkeit. Der Erbgang wirkt nicht einen vermögensrechtlichen, sondern einen personenrechtlichen Vorgang: den Eintritt an die Stelle eines anderen, des Erblassers.

Ihren Ausgangspunkt hat die römische Erbrechtsidee von dem normalen Fall der Kindeserbfolge genommen. Wie das Kind (der suus heres) die Persönlichkeit des Hausvaters fortsetzt und in dieser Eigenschaft in die Opferpflicht, die Gastfreundschaft, das Patronat, den Totenkultus, die Blutrache, die Hausherrschaft (die Vermögensverhältnisse) für den Vater eintritt, ebenso der anderweitige (an Kindesstatt eintretende) Erbe[4]. Für die spätere, auch für die deutsche gemeinrechtliche zum B.G.B. führende Entwickelung tritt entscheidend das praktische Interesse der Erbschaftsgläubiger hinzu. Die Persönlichkeitsnachfolge gibt den Gläubigern einen neuen per-

[4] Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 93 ff., wo der Begriff der römischen Erbfolge als einer Persönlichkeitsnachfolge entwickelt und aus dem Wesen der Kindeserbfolge abgeleitet wird. Für das heutige Recht Sohm, Gegenstand, S. 42.

sönlich haftenden Schuldner. Und das Interesse der Gläubiger ist mit dem Interesse des Schuldners gleichbedeutend. In demselben Augenblick, in welchem der Schuldner kraft des Erbgangs unsterblich wird, ist er kreditfähig geworden. Jetzt gibt es einen Kredit, welcher der Person gegeben werden kann (Personalkredit), denn die Person des Schuldners wird, auch wenn er sterben sollte, nicht verschwinden: das Dasein seiner Persönlichkeit ist für das Privatrecht über die Zufälle dieses Lebens hinausgehoben worden.

All dieses schliefst der römische Satz in sich: das Wesen der Erbfolge ist die Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen.

L. 62 D. de R. I (50, 17) (Julian.): Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. Ebenso Gajus in l. 24 D. de V. S. (50, 16).

L. 37 D. de adq. her. (29, 2) (Pomponius): Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

§ 109.

Delation und Akquisition des Erbrechts.

Der Delationsgrund (Berufungsgrund) benennt den Erben für den Einzelfall (er „deferiert", er bietet dem Erben die Erbschaft an); der Akquisitionsgrund macht zum Erben.

I. Das römische Recht kennt drei Delationsgründe: den Rechtssatz, welcher zur Intestaterbfolge, das Testament, welches zur testamentarischen Erbfolge, den Rechtssatz in Widerspruch mit dem Testament, welcher zur Noterbfolge beruft (vgl. oben S. 642). Die testamentarische Erbfolge geht der Intestaterbfolge vor, die Noterbfolge der testamentarischen. Die Noterbfolge macht nicht immer das ganze Testament ungültig: die Noterbfolge kann also unter Umständen mit der testamentarischen Erbfolge zusammentreffen und der Erblasser dann zum Teil aus dem Testament, zum Teil kraft Rechtssatzes (gegen das Testament) beerbt werden. Dagegen schliefsen die testamentarische und die Intestaterbfolge nach römischem Recht sich gegenseitig aus. Wer ein Testament

macht, kann nicht für einen Teil seines Vermögens testieren, so dafs er für einen anderen Teil von seinen Intestaterben beerbt würde. Mag von vornherein im Testament den eingesetzten Erben nicht die ganze Erbschaft zugewandt sein oder mag nachträglich durch Ausschlagen der Erbschaft oder Tod (vor dem Erbschaftserwerb) ein Teil der Testamentserben hinwegfallen, immer wird auf die Testamentserben die ganze Erbschaft verteilt; die freien (oder freigewordenen) Teile der Erbschaft akkreszieren den Testamentserben nach Verhältnis ihrer Erbteile (Anwachsungsrecht, vgl. unten § 114). Erbeinsetzung ist Einsetzung auf den ganzen Nachlafs. Nicht der Wille des Erblassers (dafs der Eingesetzte z. B. nur ein Viertel der Erbschaft haben solle), sondern nur die Konkurrenz von Miterben vermag ihn zu beschränken. Der Erblasser mag unter mehreren Miterben die Art ihrer gegenseitigen Beschränkung (ihre Quoten) frei bestimmen, er kann aber nicht bewirken, dafs der Erbe durch den blofsen Willen des Erblassers auf einen Teil der Erbschaft beschränkt sei, — die Erbeseinsetzung ist auch in diesem Sinn eine Einsetzung in universum jus defuncti, gewifs nicht ohne geschichtlichen Zusammenhang mit der Tatsache, dafs auch bei den Römern, wie bei den Griechen und Deutschen, das Testament aus der Adoption (der Nachbildung der Kindeserbfolge) hervorging (unten § 112, I): die Adoption (die Kindeseigenschaft) wirkt ihrer Natur nach für das ganze Vermögen des Adoptierenden. Daher der römische Rechtssatz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

L. 151 D. de V. S. (50, 16) (Terentius Clemens): Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.

L. 39 D. de adq. her. (29, 2) (Ulpian.): Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

L. 7 D. de R. I. (50, 17) (Pomponius): Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.

II. Die Akquisition der Erbrechts erfolgt nach römischem Recht in zweifach verschiedener Weise, je nachdem der Erbe ein hausangehöriger Erbe (heres domesticus) oder ein nicht hausangehöriger Erbe (heres extraneus) ist. Der heres

domesticus erwirbt, da er bereits rechtlich im Hause des Erblassers sich befindet (es für ihn der Besitzergreifung nicht bedarf), die Erbschaft von selber, ipso jure, d. h. ohne Erbesantretung: er ist heres necessarius. Der heres extraneus dagegen, welcher, rechtlich aufserhalb des Hauses befindlich. erst seinen Einzug in das Haus des Verstorbenen halten mufs, erwirbt die Erbschaft erst durch Antretungshandlung, also durch seine Willensäufserung: er ist heres voluntarius[1].

1. Heredes domestici sind

a. vor allem die sui heredes, d. h. die unmittelbar gewaltunterworfenen agnatischen Deszendenten des Erblassers. Sie sind dem verstorbenen Hausvater kraft patria potestas „angehörig" (nur der paterfamilias kann also sui heredes haben), und zwar unmittelbar (Kinder und Enkel von vorverstorbenen Söhnen), so dafs sie nach dem Tode des Vaters von Rechts wegen (ab intestato) Erben des Vaters (sui heredes) sind. Sie erwerben die väterliche (bezw. grofsväterliche) Erbschaft ipso jure, mögen sie im Einzelfall ex testamento oder ab intestato berufen sein. Sie werden Erben ohne ihren Willen, ja gegen ihren Willen. Sie sind heredes sui et necessarii. In ihrem Erbrecht lebt das alte Familieneigentum fort. Ihr Anrecht, welches sie schon (nach älterer Rechtsanschauung) bei Lebzeiten des Erblassers besafsen, wird jetzt nur frei durch den Wegfall des Erblassers. Darum bedarf es für sie einer Antretungshandlung nicht: der Delationsgrund ist für sie zugleich Akquisitionsgrund. Ja, auch die Ablehnung ist ihnen nach Zivilrecht versagt: sie vermögen die Tatsache nicht zu ändern, dafs sie als Hausangehörige bereits Träger des hinterlassenen Vermögens sind. Erst der Prätor gab den sui heredes das beneficium abstinendi, d. h. das Recht, sich durch Willenserklärung der Erbschaft zu entschlagen. Obgleich der suus dann nach Zivilrecht Erbe blieb, war er doch von prätorischen Rechts wegen nicht Erbe, und versagte der Prätor den Erbschaftsgläubigern die Klage gegen

[1] Den gleichen Gegensatz der heredes domestici und der heredes extranei hat das griechische Recht: Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte, S. 72 ff. 80 ff. Ebenso das deutsche Recht: die „Kinder in der Were", d. h. die noch hausangehörigen Kinder, sind hier die heredes domestici (sui heredes).

ihn. Durch Ausübung des Erbrechts aber (immiscere se hereditati) ging das beneficium abstinendi verloren. So waren auch die sui nach prätorischem Recht vor die Wahl gestellt, ob sie die Erbschaft annehmen (durch immiscere) oder ausschlagen wollten (durch abstinere). Die alte Idee des Familieneigentums war damit an diesem Punkte beseitigt.

Sui heredes sind, wie schon bemerkt, die unmittelbar gewaltunterworfenen agnatischen Deszendenten des Erblassers, also diejenigen Deszendenten, welche durch den Tod des Erblassers von der patria potestas frei werden oder welche, falls sie noch bei Lebzeiten des Erblassers geboren wären, durch seinen Tod von der patria potestas befreit sein würden. Sui schlechtweg heifsen diejenigen sui, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments bereits sui waren; postumi sui werden diejenigen sui genannt, welche nach Errichtung des Testaments „agnaszieren“, sei es durch Geburt, sei es dadurch, dafs sie durch den Wegfall (Tod oder Emanzipation) ihres parens nachträglich in die unmittelbare potestas des Erblassers (ihres väterlichen Grofsvaters) eintreten und dadurch sui heredes des Testators werden. Die uxor in manu gehört zu den sui heredes ihres Mannes (oben S. 595), gerade wie (plene) adoptierte und arrogierte Hauskinder (oben S. 613. 315), nicht aber das emanzipierte Kind. Die Mutter hat keine sui heredes.

L. 11 D. de lib. et post. (28, 2) (Paulus): In suis heredibus evidentius apparet, continuitatem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.

b. Enkelkinder des verstorbenen Hausvaters von einem noch lebenden (und noch in der Gewalt des Hausvaters befindlichen) Sohne sind keine sui heredes, wohl aber heredes domestici, weil sie, wenngleich nur mittelbar, gleichfalls kraft patria potestas dem Verstorbenen und seinem Hause an-

gehören. Sie sind daher, ebenso wie die sui, heredes necessarii ihres Grofsvaters. Ab intestato gelangen sie nicht zur grofsväterlichen Erbschaft; sie sind durch ihren Vater (den Haussohn des Verstorbenen) ausgeschlossen. Wird aber ein solcher Enkel von seinem Grofsvater testamento zum Erben eingesetzt. so ist er heres necessarius, und sein Vater erwirbt (kraft der patria potestas, S. 200) durch ihn ipso jure als heres necessarius die Erbschaft des Grofsvaters[2].

c. Der Testator kann nach römischem Recht auch seinen eigenen Sklaven zum Erben einsetzen, indem er ihn zugleich durch das Testament freiläfst. Dann erwirbt der Sklav testamento die Freiheit (S. 188) und zugleich kraft rechtsnotwendigen Erwerbes (ipso jure) die Erbschaft seines Herrn. Auch ein solcher Sklav zählt zu den heredes domestici, weil er seinem Herrn und dessen Hause kraft dominica potestas angehört. Darum ist er heres necessarius und zwar, im Unterschied von den heredes sui et necessarii, ohne beneficium abstinendi. Er mufs, wenn die Erbschaft überschuldet ist, den Konkurs mit seinen Folgen für seine Person durchmachen, haftet aber nur mit der Erbschaft, nicht mit anderweitigem, später erworbenem Vermögen.

Die Einsetzung eines fremden Sklaven dagegen deferiert die Erbschaft dem Herrn desselben, welcher dann nach freiem Ermessen den Sklaven antreten lassen kann oder nicht.

2. Heredes extranei sind alle übrigen, welche nicht zu den heredes domestici gehören. Sie erwerben, falls sie zur Erb-

---

[2] L. 6 § 5 D. de adq. her. (29, 2): si nepos ex filio exheredato heres sit institutus, patrem suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium. Man sieht also, dafs alle agnatischen Deszendenten heredes necessarii sind, weil sie alle kraft patria potestas heredes domestici, „hausangehörige" Erben des Erblassers (in diesem Sinne sui) darstellen. Der engere Begriff der sui, welcher nur die unmittelbar kraft p. p. Angehörigen umfafst, ist auf das Intestaterbrecht zugeschnitten und bezeichnet diejenigen, welche, weil zwischen ihnen und dem Erblasser kein näherer Deszendent steht, nicht blofs sui, sondern (ab intestato) sui heredes sind. — Die Enkelkinder von einer Tochter kommen nicht in Frage, weil sie in die väterliche Gewalt ihres Vaters bezw. ihres väterlichen Grofsvaters fallen. Sie sind im Verhältnis zu ihrem mütterlichen Grofsvater nur kognatische, nicht agnatische Deszendenten.

folge berufen sind, das Erbrecht nicht ipso jure, sondern erst durch Antretungshandlung (aditio hereditatis), d. h. durch die Erklärung, die Erbschaft haben zu wollen. Sie sind und heifsen daher heredes voluntarii[3]. Ihre Antrittserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend vollzogen werden; es genügt zum gültigen Antritt der Erbschaft nach klassischem Recht jede Handlung, durch welche der Erbschaftserwerbswille sich tatsächlich offenbart (pro herede gestio). Einer formalen Antrittshandlung (cretio) bedarf es nach klassischem Recht nur dann, wenn der Erblasser sie in seinem Testament als Bedingung der Erbeseinsetzung ausdrücklich vorgeschrieben hatte. Mit der cretio schrieb der Testator zugleich die bestimmte Zeit (gewöhnlich centum dies utiles) vor, binnen deren sie vorzunehmen war. Der eingesetzte Erbe hatte dann mit den feierlichen Worten anzutreten: Quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque. Von klassischen Zivilrechts wegen gab es keine gesetzliche Frist für die Antrittshandlung. Aber die Erbschaftsgläubiger konnten von dem Delaten durch interrogatio in jure (an heres sit) eine Erklärung verlangen und dann der Prätor

---

[3] In der Möglichkeit der Antretung ist nach altem Recht (nicht die Möglichkeit der Ausschlagung, vgl S. 664, wohl aber) die Möglichkeit der Abtretung mit enthalten: der heres legitimus, d. h. der durch das Zwölftafelrecht berufene Intestaterbe kann, sofern er heres voluntarius ist (also der agnatus proximus bezw. der Gentil, § 111), anstatt der Antretungshandlung (also ante aditam hereditatem) die Abtretungshandlung vollziehen, indem er durch in jure cessio einen anderen (der also die Scheinvindicatio hereditatis anstellt) zum Erben macht, GAJ. II § 35: proinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Dadurch ward das Erbrecht selber zugewandt, und war solche in jure cessio ein Ersatz für die dem zivilen Intestaterbrecht mangelnde successio graduum (S. 671). Die in jure cessio hereditatis post aditam hereditatem (welche allen heredes voluntarii, also auch dem Testamentserben, zustand) war dagegen blofse Veräufserung des Nachlasses (der Erbschaft), keine Änderung der Erbfolge (des Erbrechts). Auf den Erwerber ging das Eigentum an den Nachlafssachen über, der Zedent aber blieb Erbe und behielt damit die Schulden; die Forderungsrechte gingen unter: der Erwerber konnte sie nicht geltend machen, weil nomina nicht in jure zediert werden konnten; der Zedent aber ebensowenig, weil er ja (wenn auch nur scheinbar) den Prozefs um das Erbrecht verloren und selber bekannt hatte, dafs er nicht Erbe (also auch nicht Gläubiger aus den nomina des Erblassers) sei.

ihm auf seine Bitte eine Antwortfrist (sogenannte Deliberationsfrist) ansetzen[4].

Die Ablehnung der deferierten Erbschaft heifst repudiatio. Sie war dem älteren Recht unbekannt (S. 664). Nach klassischem Recht erfolgt sie wirksam durch die irgendwie vollzogene Kundgebung, die Erbschaft nicht haben zu wollen. Die repudiatio ist unwiderruflich, ebenso wie umgekehrt die aditio hereditatis. Hatte der Testator jedoch in seinem Testament die cretio vorgeschrieben, so war noch nach klassischem Recht die repudiatio ungültig (es konnte also trotzdem immer noch die cretio vorgenommen werden), und ging die Erbschaft nur durch Versäumung der Kretionsfrist verloren. Die Rechtssätze von der cretio haben für das Justinianische Recht keine praktische Bedeutung mehr. Durch ein Gesetz von Arcadius und Theodosius ward die cretio aufgehoben[5].

Ulp. tit. 22 § 25: Extraneus heres, siquidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres; si vero sine cretione, pro herede gerendo. § 26: Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur; velut qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat. § 27: Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne, velut: Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque. Nisi ita creveris, exheres esto. § 28: Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum: Quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.

Eod. § 31: Cretio aut vulgaris dicitur, aut continua. Vulgaris, in qua adjiciuntur haec verba: quibus scieris poterisque; continua, in qua non adjiciuntur. § 32: Ei, qui vulgarem cretionem habet,

[4] Die interrogatio in jure ist die Frage vor dem Magistrat (dem Prätor), welche nach Ermessen der Gerichtsobrigkeit statthat, um über das Vorhandensein von Prozefsvoraussetzungen in der Person des zu Verklagenden (sogenannte Passivlegitimation) zu einer bindenden Erklärung zu gelangen, z. B. an heres sit, oder quota ex parte heres sit, oder an in potestate habeat eum cujus nomine noxali judicio agitur. Tempus ad deliberandum ist die Antwortfrist, welche einer solchen interrogatio in jure gegenüber erbeten wird.

[5] Über das ursprüngliche Wesen der cretio vgl. unten S. 662 Anm. 7.

dies illi tantum computantur, quibus scivit, se heredem institutum esse, et potuit cernere. Ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus ignoravit, se heredem institutum aut scivit quidem, sed non potuit cernere.

GAJ. Inst. II § 168: Sicut autem qui cum cretione heres institutus est, nisi creverit hereditatem, non fit heres, ita non aliter excluditur, quam si non creverit intra id tempus, quo cretio finita est; itaque licet ante diem cretionis constituerit, hereditatem non adire, tamen poenitentia actus, superante die cretionis, cernendo heres esse potest. § 169: At is, qui sine cretione heres institutus est, quive ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.

L. 17 C. de jure delib. (6, 30) (ARCAD., HONOR. ET THEOD.): Cretionum scrupulosam sollemnitatem hac lege penitus amputari decernimus.

III. Hereditas jacens ist die Erbschaft vor dem Erbschaftserwerb, also die Erbschaft, welche einem heres extraneus (d. h. voluntarius) deferiert, aber noch nicht von ihm akquiriert ist. Die hereditas jacens besteht aus Rechten und Schulden. Ja, sie kann noch neue Rechte und Schulden erwerben. Das erstere z. B. durch Trennung von Früchten, durch Rechtsgeschäfte von Sklaven, durch Vollendung der Usukapion; das zweite z. B. dadurch, dafs ein anderer für sie negotia geriert (oben S. 531), dafs der Erbschaftssklave delinquiert (oben S. 548) usw.

Nach Antritt der Erbschaft wird der dann vollzogene Erbschaftserwerb des Erben zurückbezogen auf den Augenblick des Todes des Erblassers. Durch diesen Rechtssatz ist zugleich die auf den ersten Blick so schwierige Frage entschieden: wer denn Subjekt der zur hereditas jacens gehörenden Rechte und Schulden sei. Nach der herrschenden Ansicht ist die hereditas jacens selbst ihr eigenes Subjekt. Sie wird für eine juristische Person, etwa der Stiftung (oben S. 221) vergleichbar, erklärt. Nach einer anderen Ansicht hat die hereditas jacens gar kein Subjekt. Die Rechte und Schulden, welche zur hereditas jacens gehören, sollen subjektlose Rechte und Schulden sein. Die eine Ansicht scheint so wenig befriedigend wie die andere: nach der ersteren würde der Erblasser von seiner eigenen Erbschaft be-

erbt werden (diese wäre die Person, welche in locum defuncti succedierte); die zweite verstöfst gegen die Tatsache, dafs es das Wesen von Recht und Schuld ist, ein Rechtsverhältnis und damit eine Prädikatvorstellung (berechtigt sein, verpflichtet sein) zu bedeuten, und dafs es daher das Wesen von Recht und Schuld ist, ein Subjekt zu diesem Verhältnis (ein Subjekt zu dem Prädikat) zu fordern. Der an die Spitze gestellte Rechtssatz gibt die Antwort des positiven römischen Rechts: der Erbe ist das Subjekt der hereditas jacens. Der Rechtssatz, dafs die Wirkung des Erbschaftserwerbes zurückbezogen wird, bedeutet, dafs nach geschehenem Erbschaftsantritt der Erbe von vornherein, unmittelbar nach dem Tode des Erblassers, Subjekt aller Rechte und Schulden des Erblassers gewesen ist. Der Erblasser wird direkt und ohne Unterbrechung von dem Erben beerbt, auch wenn dieser erst lange nachher erwirbt, nie aber von seiner Erbschaft. Es ist von vornherein nicht ungewifs, dafs die Erbschaft ein Subjekt hat. Sie hat nämlich den Erben zum Subjekt, schon jetzt, — und sollte niemand die Erbschaft haben wollen, so wird loco heredis der Fiskus in die bona vacantia eintreten. Es ist nur ungewifs, wer dies Subjekt ist. Mit anderen Worten: es liegt ein Fall des sogenannten Schwebens (Pendenz) der Rechtsverhältnisse vor; die Rechtsverhältnisse sind da, sie haben ein Subjekt, es ist nur objektiv unmöglich, dies Subjekt gegenwärtig bereits zu benennen. Die hereditas jacens bildet gerade für solche Pendenz einen Musterfall. Nun scheint im Corpus juris aber das Gegenteil von dem zu stehen, was soeben behauptet wurde, da Ulpian erklärt: hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, und diese Stelle wird es wahrscheinlich sein, welche bisher von jeder Auskunft in dem eben angedeuteten Sinne abgeschreckt hat. Dennoch sagt sie vielmehr das gleiche, was vorher behauptet wurde. Der Erbe stellt als Subjekt der Erbschaft nicht sich selber, seine Eigenpersönlichkeit, sondern die persona defuncti dar. Was von dem Erben gilt, wird vor Antritt der Erbschaft von der Erbschaft (der hereditas jacens) ausgesagt, weil in der hereditas schon jetzt der (gegenwärtig nur noch nicht benennbare) Erbe steckt: in der Erbschaft lebt nicht die Eigenpersönlichkeit des Erben, sondern die des Erblassers. So

spricht die angeführte Stelle gerade den Grundgedanken des römischen Erbrechts unmifsverständlich aus: der Erbe, und darum auch schon die Erbschaft vor dem Erwerb, repräsentiert die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers. In der Erbschaft ist schon jetzt der Erbe, bevor er noch die Erbschaft angetreten hat. So heifst es denn auch geradezu bei Pomponius, dafs die hereditas die persona heredis interim sustinet. Die beiden Sätze, dafs die Erbschaft die persona heredis und dafs sie die persona defuncti darstellt, sind nicht miteinander in Widerspruch, sondern sind vielmehr miteinander gleichbedeutend.

L. 24 D. de novat. (46, 2) (Pomponius): Morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet.

L. 34 D. de adq. rer. dom. (41, 1) (Ulpian.): Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.

L. 22 D. de usurp. (41, 3) (Javolen.): Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur.

L. 54 D. de adq. her. (29, 2) (Florentin.): Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur.

L. 22 D. de fidej. (46, 1) (Florentin.): Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas.

Anhang. Das Erbrecht des B.G.B. weicht hier in wesentlichen Stücken vom römischen Erbrecht ab. 1. Eine Noterbfolge, d. h. eine Erbfolge in Widerspruch mit der erblasserischen Verfügung von Todes wegen gibt es nicht; an Stelle der Noterbfolge hat das B.G.B. nur einen Pflichtteilsanspruch (ein Forderungsrecht gegen den gewillkürten Erben), vgl. unten § 113 a. E. 2. Es gibt folgeweise nach dem B.G.B. nur die gesetzliche und die gewillkürte (durch Verfügung von Todes wegen bestimmte) Erbfolge. Die Verfügung von Todes wegen kann ein Testament (einseitiges widerrufliches Rechtsgeschäft) oder ein Erbvertrag (ein vertragsmäfsiges unwiderrufliches Rechtsgeschäft) sein. So gibt es nach dem B.G.B. die drei Berufungsgründe: Gesetz (soweit es an einer durch Verfügung von Todes wegen bestimmten Erbfolge mangelt), Testament und Erbvertrag. 3. Die Verfügung von Todes wegen (Testament und Erbvertrag) kann einen Erben für einen (aliquoten) Teil der Erbschaft bestimmen,

so dafs ein Teil der Erbschaft durch Testament bezw. Erbvertrag, ein anderer Teil durch das Gesetz (ab intestato) deferiert wird. Der Satz: nemo pro parte testatus usw. (oben S. 649), d. h. der Satz, dafs die verschiedenen Berufungsgründe einander ausschliefsen, gilt nicht mehr. 4. Alle Erben ohne Unterschied erwerben die Erbschaft ipso jure (dem deutschen Rechtssatz entsprechend: der Tote erbt den Lebendigen), aber binnen gewisser Zeit kann der Erbe ausschlagen (B.G.B. §§ 1942 ff.), so dafs die Erbschaft rückwärts nicht ihm, sondern dem nach ihm Nächstberufenen als erworben gilt (B.G.B. § 1953). Eine hereditas jacens im römischen Sinn (eine noch nicht erworbene Erbschaft) gibt es darum nicht mehr. Aber das Verhältnis der Erbschaft, deren Erbe noch ungewifs ist (da der berufene Erbe noch die Ausschlagungsmöglichkeit hat), ist dem der römischen „ruhenden Erbschaft" praktisch gleich. Vgl. B.G.B. §§ 1960—1962.

§ 110.

Hereditas und bonorum possessio.

Der Gegensatz von Zivilrecht und prätorischem Recht kehrt auf dem Gebiet des Erbrechts wieder. Hereditas ist das Erbrecht nach jus civile, bonorum possessio das Erbrecht nach jus honorarium. Die Entwickelung des prätorischen Erbrechts im Gegensatz zum Zivilrecht hat auch an dieser Stelle gedient, das engbegrenzte Erbfolgesystem des jus civile zu erweitern, zu berichtigen und einem neuen Recht im Sinn der kommenden Zeiten Bahn zu brechen.

Der Ursprung, aus welchem die prätorische bonorum possessio hervorgegangen ist, liegt im Dunkeln.

Nach einer Ansicht entwickelte sich die bonorum possessio im Anschlufs an die alte vindicatio durch legis actio sacramento. Die Erhebung des beiderseitigen Eigentumsanspruchs führte bei dieser Prozefsform zu einer Aufhebung des bisherigen Besitzstandes durch den Magistrat und zu einer Neuregulierung desselben (vindicias dare) nach Ermessen des Prätors (oben S. 280). Wem die vindiciae zugesprochen wurden, der empfing damit die rei possessio, den Besitz der Sache auf die Dauer des Prozesses. Ward nun eine hereditatis vindicatio in Form der legis actio sacramento durchgeführt (und diese Form behielt der Erbschaftsstreit noch späterhin, da für Erbschaftsklagen das Zentumviralgericht zuständig war, oben S. 290), so mufste also das vindicias dare dahin führen, dafs dem einen die bonorum

possessio, der Besitz der Erbschaft auf die Dauer des Prozesses, vom Prätor zugesprochen wurde, — wohl auf Grund einer vorläufigen Untersuchung über die sachliche Berechtigung der streitenden Teile. In der Zuerteilung der bonorum possessio lag ein vorläufiges Urteil des Prätors über das Erbrecht selbst, und die Parteien mochten daher oft genug den weiteren Erbschaftsstreit fallen lassen, sobald dem einen bonorum possessio durch den Prätor zuerkannt worden war. So etwa wäre nach dieser Ansicht die älteste Art der bonorum possessio, nämlich die Erteilung von Erbschaftsbesitz im Dienst des Zivilrechts (juris civilis adjuvandi gratia), aufgekommen, der sich dann bei weiterer Entwickelung der prätorischen Selbständigkeit gegenüber dem Zivilrecht die bonorum possessio juris civilis supplendi gratia (zur Ergänzung der Lücken des zivilen Erbfolgesystems), zuletzt die bonorum possessio juris civilis corrigendi gratia (im Widerspruch mit dem Zivilrecht) angeschlossen hätte.

Nach einer anderen Ansicht wäre die bonorum possessio aus der sogenannten usucapio pro herede hervorgegangen. Die usucapio pro herede war nach altem Recht eine Usukapion der hereditas (der Erbschaft als eines Ganzen) und damit des Erbrechts: der Usukapient trat für den Nachlafs in die Erbenstellung ein. Von Rechts wegen mufste der zur Erbschaft berufene heres extraneus durch die feierliche Handlung der cretio die Erbschaft antreten (vgl. unten). Versäumte er die cretio, nahm er die Erbschaft formlos in seinen Besitz (usus), so ward er nach altem Recht dadurch noch nicht Erbe; erst der usus eines Jahres (usucapio: die hereditas ward zu den ceterae res gerechnet, vgl. oben S. 378) machte ihn zum Erben. Wie durch cretio so konnte die Erbschaft also auch usu erworben werden[1]. Der usus ersetzte auch hier den rechtsförmlichen Erwerbsgrund. Voraussetzung war nur, dafs lediglich die Form fehlte, dafs der usus sachlich das Rechtsverhältnis in Wahrheit wiederspiegelte. Die res mancipi konnte nur von dem, der wie

[1] Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 897. 898. — Die pro herede gestio war also damals noch nicht anerkannt. Es bedurfte, in Ermangelung der cretio, der jährigen Ausübung des Erbrechts, um Erbe zu werden.

ein Eigentümer (justo titulo), nicht wie ein Dieb zur Sache gelangt war, die manus nur von dem, der wie ein rechter Ehemann mit der Frau lebte, die hereditas nur von dem, der wie ein rechter Erbe der Erbschaft waltete, usukapiert werden. Das tatsächliche Ehe- und ebenso das tatsächliche Erbenverhältnis war von justus titulus und bona fides unabhängig. Den usus als Mann hatte, wer Rechte und Pflichten des Mannes gegen die Frau, den usus als Erbe (pro herede) hatte, wer Rechte und Pflichten eines Erben erfüllte, insbesondere die auf der Erbschaft lastenden Familienopfer (sacra) darbrachte und die Schulden des Erblassers zahlte. Der usus war hier durch sich selbst ein Abbild des rechtmäfsigen Verhältnisses, da er nicht blofs in Rechtsausübung, sondern zugleich in Pflichterfüllung sich äufserte. Der jährige usus als solcher gab deshalb die manus, der jährige usus als solcher machte zum Erben. Es war also möglich, dafs auch ein gänzlich Unberechtigter usu die Erbschaft erwarb, gerade wie auch der Brauträuber usu die Entführte sich zur rechten Ehefrau gewann[2]. Nach altem Zivilrecht konnte leicht die Erbschaft ohne Erben bleiben (unten S. 671). So trat die usucapio pro herede als eine, wenngleich einigermafsen unberechenbare, Ergänzung des zivilen Erbrechts ein. Um diese an sich ungeregelte Art des Erbschaftserwerbes zu regeln, habe nun der Prätor — dahin geht diese zweite An-

[2] Nachdem die pro herede gestio neben der cretio Anerkennung gefunden hatte, d. h. seitdem bereits der formlose Antritt der Erbschaft zum Erben machte, bedurfte es des jährigen usus pro herede zum Erwerb des Erbrechts nicht mehr. Die usucapio pro herede verwandelte sich nun (gegen Ende der Republik) aus einer Usukapion des Erbrechts in die Usukapion einzelner Erbschaftssachen (gleichfalls ohne das Erfordernis des justus titulus und der bona fides und in einem Jahr sich auch für Erbschaftsgrundstücke vollendend). Gaj. II §§ 52 ff. Die pontifices hatten ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Familiensacra. Trat kein Erbe ein, so sollte, wer die meisten Erbschaftssachen pro herede usukapiert hatte, für die sacra haften. Mit dem Eintritt der pro herede usucapio in das Gebiet der Sachusukapion war aber die Axt an die Wurzel ihres Daseins gelegt worden. Widersprach sie doch in ihren Voraussetzungen allen Rechtssätzen der Eigentumsersitzung! Jetzt erschien sie als ein regelwidriges Institut (improba usucapio) und ist sie deshalb von Hadrian beseitigt worden (unten § 114). — Vgl. Klein, Sachbesitz und Ersitzung (1891), S. 268 ff. 357 ff.

sicht — die bonorum possessio eingeführt: die usucapio pro herede sollte demnach nur demjenigen zugänglich gemacht werden, der vom Prätor die Einweisung in den Erbschaftsbesitz (bonorum possessio) erlangt hatte. Diese zweite Ansicht ist nicht völlig abzulehnen (vgl. unten S. 666), läſst aber doch die Hauptsache unerklärt.

Vielleicht ist eine dritte Ansicht die richtige[3].

Im altattischen Erbrecht finden wir den Rechtssatz, daſs nur der eheliche Sohn des Verstorbenen (der suus heres des attischen Rechts) ipso jure die Erbschaft erwirbt und daher ohne weiteres berechtigt ist, sich in der Erbschaft seines Vaters zu behaupten bezw. den dritten Eindringling durch bloſsen Privatakt (die exagoge, deductio) aus dem Besitz der Erbschaft auszuweisen: der suus heres hat ein unbestreitbares Erbrecht, und er ist ipso jure nicht bloſs Erbe, sondern auch im Besitz der Erbschaft. Anders die übrigen Erben. Jeder andere Erbe muſs beim Archonten die gerichtliche Einweisung in den Erbschaftsbesitz nachsuchen[4].

---

[3] Das Folgende ruht vornehmlich auf der vorzüglichen Untersuchung von Leist in Glücks Kommentar zu den Pandekten, Serie der Bücher 37. 38, Bd. 1 (auch unter dem Titel: Leist, der römische Erbrechtsbesitz in seiner ursprünglichen Gestalt, 1870). Dazu Leist, Gräco-italische Rechtsgeschichte (1884), S. 81 ff. 87 ff., wo auch auf die Analogien des griechischen Rechts hingewiesen worden ist. Nach Leist war die bonorum possessio ursprünglich eine „magistratische Erbbesitzregulierung für die zivilrechtlichen Erbenklassen“, welche zugleich den Zweck hatte, eine Nacheinanderfolge der Erbenklassen (wenngleich nur in beschränktem Maſse) zu ermöglichen: ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent (l. 1 pr. D. de successorio edicto 38, 9). Im folgenden ist der Versuch gemacht worden, die Entstehung der bonorum possessio durch das Erfordernis des Besitzerwerbes für den heres extraneus („si de hereditate ambigitur“) anschaulich zu machen. — Das Edikt über die bonorum possessio hatte (nach Leist, Bd. 1, S. 76) zu Ciceros Zeit etwa folgenden Wortlaut: Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. — Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo. — Cum hereditatis sine testamento aut sine lege petetur possesio, si qua mihi justa (oder: aequitatis) causa videbitur esse, possessionem dabo.

[4] Vgl. die lehrreiche Schrift von F. Schulin, Das griechische Testa-

Es deutet vieles darauf hin, dafs das römische Erbrecht von ähnlichen Grundsätzen ausgegangen ist. Der berühmte Rechtssatz der zwölf Tafeln lautet:

Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.

Hier heifst heres nur der die Persönlichkeit des Verstorbenen auch physisch fortsetzende suus heres, der agnatische Deszendent, der Vertreter des Verstorbenen im vollsten Sinne des Wortes[5]. Er war schon — wenn auch nur in der Idee — Eigentümer dessen, was dem Verstorbenen gehörte, und fährt fort, Eigentümer zu sein (oben S. 650): die zwölf Tafeln machen ihn darum auch nicht zum heres. Die hereditas des suus heres wird vielmehr von den zwölf Tafeln lediglich anerkannt und vorausgesetzt. Den Gegensatz zu diesem echten heres bildet in den zwölf Tafeln der proximus agnatus und die Gentilen. Von diesen heifst es nur: familiam habento. Sie sollen den Nachlafs (das „Hauswesen", oben S. 361) haben. Aber das Gesetz vermeidet es, den proximus agnatus bezw. die gens direkt zum heres zu ernennen: sie sollen nicht ipso jure (unmittelbar von Gesetzes wegen) Erben sein, sondern erst auf Grund einer Antretungshandlung. Der suus heres ist nach altrömischem wie nach altattischem Recht ipso jure wie Erbe, so auch Besitzer der Erbschaft[6]: gerade dadurch stellt er sich als der echte Erbe dar. Der proximus agnatus und die gens wird Erbe erst durch Besitzergreifungshandlung[7].

---

ment verglichen mit dem römischen (Rektoratsprogramm, Basel 1882), S. 13. 21; Leist, Gräco-ital. Rechtsgesch. a. a. O.

[5] Vgl. E. Hölder, Beiträge zur Gesch. des röm. Erbrechts (1881), S. 21. 120. Mitteis a. a. O. (oben S. 647 Anm. 4).

[6] Daher bedarf er der Antretungshandlung (cretio) nicht. Daher gilt ferner der Rechtssatz, dafs im Falle des Vorhandenseins eines suus heres die usucapio pro herede (welche nur an besitzfreien Nachlafssachen vor sich gehen konnte) ipso jure ausgeschlossen war, Gaj. II § 58. III § 201. Die Erbschaft eines suus heres war also nach altem Recht ipso jure nicht ohne einen Bezitzer.

[7] Die Besitzergreifung hat nach altem Recht in der Form der cretio zu geschehen. Noch bei den klassischen römischen Juristen erscheint die cretio als die einzige aditio hereditatis; alles andere (also auch die aus-

Der nach altrömischer Rechtsanschauung ipso jure eintretende Besitzerwerb des suus heres an der väterlichen (bezw. grofsväterlichen) Erbschaft hat zur Voraussetzung, dafs nach altrömischem wie nach altattischem Recht das Erbrecht des suus heres unbestreitbar ist, d. h. dafs nach altrömischem wie nach altattischem Recht durch das Vorhandensein von sui heredes die testamentarische Erbfolge schlechtweg ausgeschlossen wurde (vgl. § 113 i. A.). Ist ein suus heres da, so ist es zweifellos, dafs er der Erbe ist. Darum ist er von Rechts wegen ohne weiteres der Erbschaft gewaltig (im Besitz der Erbschaft). Der Fall dagegen, wo kein suus heres da ist, stellt den Fall des bestreitbaren und daher zweifelhaften Erbrechts dar (de hereditate ambigitur): es kann gegen den Intestaterben (Agnaten, Gentilen) ein Testamentserbe, gegen den Testamentserben ein Intestaterbe (unter Behauptung der Ungültigkeit des Testaments) auftreten usf. Aus diesem Grunde gestattet das griechische Recht diesen Erben nur gerichtlichen Erwerb des Erbschaftsbesitzes, und zwar unter Formen, welche zugleich eine Verhandlung über den Anspruch des Erbprätendenten ermöglichen. Und aus demselben Grunde ist auch die prätorische Einweisung in die bonorum possessio zunächst für diese Fälle ausgebildet worden. Der Prätor erklärte in seinem Edikt: si de hereditate ambigitur, also in den Fällen des zweifelhaften, bestreitbaren Erbrechts (wo kein suus heres da ist), werde ich demjenigen, welcher mir ein

---

drückliche, aber formlose Erklärung, die Erbschaft haben zu wollen) ist blofse pro herede gestio, vgl. z. B. Gaj. II § 167. 189; Ulpian tit. 22 § 25 (oben S. 654). Die Einsetzung des Testamentserben „cum cretione“ bedeutete ursprünglich nicht die Bedingung der cretio (denn diese verstand sich von selbst), sondern vielmehr die Bedingung, die cretio binnen bestimmter Frist vorzunehmen. Daher definiert noch Ulpian tit. 22 § 27 (oben S. 654) die Kretionsklausel als certorum dierum spatium. Die cretio war mit feierlichen Worten (adeo cernoque, vgl. S. 653) vor Zeugen im Domizil des Erblassers (Voigt, Die zwölf Tafeln, Bd. 2 S. 372 Anm. 12) zu vollziehen und stellte das rechtsförmliche „Antreten“ (Betreten) des Nachlafsgrundstückes (des Bauerngutes) dar. Sie war die feierliche Besitzergreifungshandlung des heres voluntarius an der hereditas (adeo), welche mit der feierlichen Inanspruchnahme des Erbrechts (cerno: ich spreche mir die Erbschaft zu) sich verband.

mit der gesetzlichen Zahl von Siegeln versiegeltes Testament vorlegt, den Besitz der Erbschaft geben (possessionem dabo); sonst dem nächsten Intestaterben. Dem heres extraneus (Testamentserben, agnatischen bezw. gentilizischen Intestaterben) stellt der Prätor seine Hilfe zum Zweck des Besitzerwerbs in Aussicht[8]. Der suus heres bedarf der prätorischen bonorum possessio nicht; er ist als Besitzer berechtigt, sich eventuell durch Gewalt selbst zu helfen. Der heres extraneus aber, welcher erst Besitzer werden soll, mufs falls er Widerstand findet, die gerichtliche (prätorische) Besitzeinweisung nachsuchen. Hier liegt, wie wir annehmen dürfen, der Ursprung des ganzen Instituts, in dem Satz also, dafs der heres extraneus einem Drittbesitzer gegenüber von Gewalt ausgeschlossen und auf Erbittung der gerichtlichen Einweisung angewiesen ist. Die älteste bonorum possessio ist eine dem zivilrechtlichen heres extraneus vom Magistrat gewährte Beihilfe zur Besitzergreifung an den Nachlafssachen (vgl. unten Anm. 13), eine bonorum possessio juris civilis adjuvandi gratia.

Aber das prätorische Edikt nahm bald noch einen anderen Grundgedanken in sich auf.

Nach altem Zivilrecht gab es für den heres extraneus (= voluntarius) wohl die Möglichkeit der Antretung bezw. Abtretung (S. 653 Anm. 3), aber nicht die Möglichkeit der Ausschlagung der Erbschaft. Für den zivilen Intestaterben steht diese Tatsache aufser Zweifel. Es gab keine successio graduum noch ordinum (§ 111). Auch wenn der proximus agnatus die Erbschaft ablehnte, ward die Erbschaft nach Zivilrecht weder den ferneren Agnaten noch der gens eröffnet: die Erklärung des proximus agnatus, die Erbschaft nicht haben zu wollen, war

[8] Damit stimmt es überein, dafs die Klasse unde legitimi (vgl. unten S. 673) ursprünglich den suus heres nicht mit umfafste, sondern nur den proximus agnatus bezw. die gens; vgl. Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts (1863), § 5 Anm. 1, § 10 Anm. 74, § 15 Anm. 14. Es wird dadurch zweifellos, dafs die bonorum possessio ursprünglich nur für den heres extraneus bestimmt war (der suus heres bedurfte derselben nicht). Als später auch dem suus heres (dessen Besitzerstellung infolge der ausgebildeten Testierfreiheit, vgl. § 112, sowie des prätorischen beneficium abstinendi unterging) bonorum possessio gegeben wurde, fielen die Worte des Edikts „si de hereditate ambigitur“ fort.

rechtlich wirkungslos. Ihm blieb trotzdem deferiert. Was für den Intestaterben zweifellos, ist für den Testamentserben höchstwahrscheinlich. Der sub cretione eingesetzte Erbe konnte noch nach klassischem Recht nur durch Versäumung der (von dem Testator gesetzten) Kretionsfrist, nicht durch repudiatio die ihm eröffnete Delation aufheben[9]; die cretio war aber (vgl. oben S. 662 Anm. 7) für das alte Recht die allgemein vorgeschriebene Erbantretungsform. Wie die Rechtswirkung der formlosen Erbantretungshandlung, so ist auch die Rechtswirkung der (nur formlos auftretenden und schon dadurch auf das spätere Recht weisenden) repudiatio erst jüngeren Ursprungs[10]. Als Grund für diese Erscheinung mögen wir uns die Tatsache denken, daſs das alte Recht sich für den Erben, welcher erst durch Besitzergreifung Erbe werden sollte, keine Form zu denken vermochte, durch welche er sich eines noch gar nicht erworbenen Erbschaftsbesitzes hätte entäuſsern können, daſs also ein Gegenstück zur cretio undenkbar schien.

Wir müssen hinzunehmen, das eine Kretions frist dem alten Recht unbekannt war. Lag also ein Testament vor (ohne Einsetzung „cum cretione", vgl. oben Anm. 7), der Testamentserbe aber vollzog die cretio nicht, so kam nicht etwa der Intestaterbe zum Zuge, sondern die Erbschaft blieb in der Schwebe. Ebenso, wenn der proximus agnatus die cretio nicht vollzog.

Eine Ergänzung dieses praktisch sehr unvollkommenen zivilen Erbrechts schloſs, wie schon bemerkt, die usucapio pro herede in sich. Sie war nur an der noch nicht in Besitz genommenen Erbschaft möglich und bedeutete einerseits einen Antrieb für den berufenen Erben, die cretio nicht zu lange hinauszuschieben, wie sie andererseits für den Fall versäumter cretio den nachstehenden Verwandten die Möglichkeit des Erbschaftserwerbes gewährte. Aber es lag auf der Hand, daſs diese Ergänzung dem Zufall anheimgegeben war.

Der Prätor war es, welcher hier durch das Mittel der bonorum possessio die Rolle des Gesetzgebers spielte. Er stellte

---

[9] Gaj. II § 168, oben S. 655.

[10] Das alte Recht kennt nur ein praetermittere, kein (rechtswirksames) repudiare hereditatem, d. h. nur ein Nichtantreten, nicht ein Ausschlagen der Erbschaft; vgl. Voigt, Die zwölf Tafeln, Bd. 2 S. 373.

den Grundsatz auf: wenn der (etwa berufene) Testamentserbe mir das Testament nicht vorlegt (um den Erbschaftsbesitz zu erbitten), so werde ich die bonorum possessio dem erteilen, welcher ohne das Testament von Rechts wegen der nächste Intestaterbe wäre[11]. Damit ward dann die Ansetzung von bestimmten Fristen für die Erbittung der bonorum possessio verbunden (regelmäfsig 100 Tage). Ein weittragendes Prinzip war damit aufgestellt worden: das Prinzip der Nacheinanderfolge der Erbenklassen. Eine Ausschlagung gab es auch hier nicht. Aber nach Ablauf der vom Prätor für die Erbittung der bonorum possessio gesetzten Frist ging das Recht, die bonorum possessio zu verlangen, auf einen anderen über, welcher nach Zivilrecht nicht zur Erbschaft berufen war. Das Erbrecht vermochte der Prätor nicht zu geben, aber er gab ihm den Besitz der Erbschaftsgüter (bonorum possessio). Die magistratliche Gewährung des Erbschaftsbesitzes im Fall „bestreitbarer" Erbschaft (si de hereditate ambigitur) ward zu einem Mittel, das zivile Erbrecht fortzubilden. Die Meinung war nicht zunächst, dafs der vom Prätor in den Besitz eingesetzte Erbe darum auf alle Fälle die Erbschaft behalten sollte. Vollzog der Testamentserbe nachträglich die cretio, so ward er heres und konnte auch gegen den in die bonorum possessio eingewiesenen Intestaterben mit Erfolg die hereditatis petitio anstellen. Aber die Meinung war, für den Fall, dafs nach Zivilrecht die Erbschaft frei blieb, die Zufälligkeiten der usucapio pro herede auszuschliefsen und nach festen Grundsätzen einen Erben zunächst tatsächlich zu schaffen, welcher dann, sobald er den Besitz der Erbschaftssachen auch wirklich erlangt hatte, durch das Mittel der usucapio pro herede nach Ablauf eines Jahres auch zivilrechtlich Erbe ward. Es handelte sich um eine Ergänzung der Lücken des Zivilrechts, um eine bonorum possessio juris civilis supplendi gratia, und zwar zunächst nur zu gunsten des zivilen Intestaterben gegenüber einem säumigen Testamentserben. Aber schon zu Ciceros Zeit hatte das Edikt über die bonorum possessio eine allgemeine Klausel, kraft welcher der Prätor sich vorbehielt, eventuell auch sine testamento und sine lege nach seinem

[11] Vgl. das Edikt oben Anm. 3 im zweiten Satz.

freien Ermessen bonorum possessio zu erteilen (oben S. 661 Anm. 3 a. E.). Daraus ist dann alles andere hervorgegangen.

Das Zivilrecht entwickelte sich. Es ward auch die formlose Erbantretung gültig. Es gab ferner wenigstens für den sine cretione eingesetzten Testamentserben eine gültige Ausschlagung der Erbschaft. Der Satz, dafs der suus heres ipso jure auch Besitzer der Erbschaft sei, ging dem Rechtsbewufstsein verloren, da die Enterbung des suus heres als gültig anerkannt wurde (§ 113). Auch die Auffassung, dafs durch aditio (cretio) hereditatis der Besitz des Nachlasses erworben werde, dafs also der Erbschaftserwerb für den heres extraneus durch Besitzerwerb vermittelt werde, verschwand. Aber die aus den Gedanken des alten Zivilrechts entsprungene bonorum possessio behauptete sich nicht blofs, sondern schickte sich an, das Zivilrecht weit zu überflügeln. Das prätorische Edikt entfaltete dem Zivilrecht gegenüber ein ganzes selbständiges Erbfolgesystem und unternahm es, dasselbe unter Umständen auch durch bonorum possessio juris civilis corrigendi gratia in Widerspruch mit dem Zivilrecht aufrechtzuerhalten. Die Kraft des prätorischen Edikts lag darin, dafs es auch an dieser Stelle den Ideen der neuen Zeit (insbesondere der kognatischen Erbfolge) dem Zivilrecht gegenüber Bahn schaffte. Aus der Zuteilung des Erbbesitzes, welche ursprünglich dem zivilen Erben die Besitzergreifung der Erbschaft, und zwar nur der Erbschaftssachen (vgl. Anm. 13), erleichtern sollte, ging ein Erbfolgesystem hervor, welches die volle Reform des zivilen Erbrechts in sich schlofs.

So gab es im klassischen Recht, wie schon eingangs bemerkt, zweierlei Erbrecht, eines nach Zivilrecht (hereditas), ein anderes nach prätorischem Recht (bonorum possessio).

Das prätorische Erbrecht kann immer nur durch gerichtliche Handlung (Erbittung, sogenannte „Agnition“ der bonorum possessio beim Prätor) erworben werden. Es gibt hier keine pro herede gestio noch eine Ausschlagung. Der Verlust der kraft prätorischen Edikts deferierten bonorum possessio ist immer nur infolge Versäumung der Agnitionsfrist möglich. Aszendenten und Deszendenten haben eine Agnitionsfrist von einem annus utilis; alle übrigen eine Agnitionsfrist von centum dies

utiles (quibus scierit poteritque)[12]. Da der Prätor für die normalen Fälle die Grundsätze, nach welchen er bonorum possessio erteilt, in seinem Edikt veröffentlicht hat (sogenannte bonorum possessio edictalis), so gestattet er später, dafs er in solchen Fällen nicht blofs in feierlicher Gerichtssitzung (pro tribunali), sondern überall (de plano) um Erteilung der bonorum possessio gebeten werden kann: tatsächlich ward dadurch also für die Erbittung der bonorum possessio edictalis die Aufsergerichtlichkeit eingeführt, und nur die Notwendigkeit, an den Prätor sich zu wenden, blieb zurück. Die Form der Gerichtssitzung blieb jedoch gewahrt, wenn der Prätor in aufserediktsmäfsigen Fällen auf Grund seines Ermessens (causa cognita) durch decretum für diesen Sonderfall (bonorum possessio decretalis) jemandem bonorum possessio gewährte.

Die Wirkung erteilter bonorum possessio war das interdictum quorum bonorum, ein interdictum adipiscendae possessionis (vgl. oben S. 412 Anm. 7), durch welches der bonorum possessor sich den Besitz der Nachlafssachen verschaffte[13]. Seitdem die bonorum possessio die Idee eines prätorischen Erbrechts in sich aufgenommen hatte, gab der Prätor auch aus den

---

[12] Mit der prätorischen Frist von hundert Tagen für den Erbschaftserwerb scheinen auch die dies centum zusammenzuhängen, welche der caelebs hat, um sich zu verheiraten und dadurch zum Erwerb der Erbschaft fähig zu machen: Ulp. tit. 17 § 1, oben S. 611. — Ebenso ward im Testament häufig eine der prätorischen Frist entsprechende Kretionsfrist gesetzt: Ulp. tit. 22 § 27, oben S. 654.

[13] Das interdictum quorum bonorum ging nur auf Erlangung des Besitzes an den Erbschaftssachen (den corpora hereditaria). Da dies interdictum lange Zeit das einzige Rechtsmittel des bonorum possessor als solchen war, so bestätigt sich, dafs die prätorische bonorum possessio zunächst juris civilis adjuvandi gratia (oben S. 664) aufgekommen ist: sie sollte zunächst nicht ein prätorisches Erbrecht (welches den ganzen Nachlafs hätte ergreifen müssen), sondern nur dem zivilen Erben den Besitz der Erbschaftssachen geben. Vgl. A. Schmidt in der Zeitschr. der Sav.-Stift, Bd. 17 S. 324 ff. Aber die „bona" bedeuten im prätorischen Sprachgebrauch alle Sachen: die res mancipi (familia) und die res nec mancipi (pecunia) ohne Unterschied (oben S. 367 Anm. 2). Der Wortlaut der zwölf Tafeln regelte nur die Erbfolge in die familia (oben S. 662); die prätorische bonorum possessio bringt zum Ausdruck, dafs das Erbrecht mit der familia auch die pecunia ergreift.

zur Erbschaft gehörigen Rechten (z. B. Forderungsrechten) dem bonorum possessor eine Klage (actio ficticia: ficto se herede) und ebenso den Erbschaftsgläubigern eine actio ficticia gegen ihn (Gaj. IV. § 34)[14]. Den Abschluss bildete, dafs auch der Erbschaftsanspruch (der Gesamtanspruch auf alles zur Erbschaft gehörige) dem bonorum possessor zuständig ward: ihm wurde eine hereditatis petitio possessoria gegeben mit gleicher Wirkung wie die hereditatis petitio des Zivilerben (unten § 114).

Die Unterscheidung der Arten der bonorum possessio, je nachdem sie juris civilis adjuvandi oder corrigendi oder supplendi gratia gegeben wurde, war von erheblicher praktischer Bedeutung. Die bonorum possessio juris civilis supplendi gratia ist nur eine vorläufige Zuerkennung der Erbschaft, für den Fall nämlich, dafs kein Zivilerbe da ist oder der Zivilerbe sein Erbrecht nicht geltend macht. Tritt der Zivilerbe nachträglich auf mit seiner Erbschaftsklage, so mufs ihm der bonorum possessor, welcher nur in Ermangelung von Zivilerben (juris civilis supplendi gratia) vom Prätor eingesetzt ist, weichen: seine bonorum possessio wird eine b. p. sine re. Dagegen ist die b. p. juris civilis adjuvandi gratia und ebenso die juris civilis corrigendi gratia gegebene bonorum possessio immer cum re: die erstere, weil sie mit dem Zivilrecht übereinstimmt, die andere, weil sie vom Prätor in Widerspruch mit dem Zivilrecht aufrechterhalten wird. So ist also die suppletorische bonorum possessio nur vorläufige, die adjutorische und korrektorische bonorum possessio aber endgültige Zuerteilung des prätorischen Erbrechts. Unter welchen Gesichtspunkt die einzelnen Fälle der bonorum possessio gehören, wird unten im einzelnen angegeben werden.

Die Delationsgründe der bonorum possessio sind die gleichen wie die der hereditas. Es gibt eine b. p. ab intestato (kraft der Bestimmung im prätorischen Edikt als solcher), eine b. p. secundum tabulas (kraft Testaments) und eine b. p. contra tabulas (in Widerspruch mit dem Testament). Auf

---

[14] Erst durch Einführung der actio ficticia aus den zur Erbschaft gehörigen Rechten und Schulden gab der Prätor dem bonorum possessor als solchem praktisch die Erbenstellung. A. Starke, Der Besitz bei der Erbschaftsklage (1905) S. 23. 24.

dem gesamten Gebiet der Erbfolge ist der Prätor mit seinem Edikt in Wettbewerb mit dem Zivilrecht getreten, um gemäfs dem sich ändernden Rechtsbewufstsein das altüberlieferte Zivilrecht in seiner praktischen Anwendung mit den Anforderungen der Gegenwart von damals in Übereinstimmung zu bringen.

pr. I de bon. poss. (3, 9): Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo praetor emendavit, . . . sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint.

§ 1 eod.: Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet jure civili.

§ 2 eod.: Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem. heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales. Sed, cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores.

L. 2 D. de bon. poss. (37, 1) (ULPIAN.): In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur.

GAJ. Instit. IV § 34: Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit; cum enim praetorio jure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere SUUM ESSE, neque id, quod ei debebatur, potest intendere DARI SIBI OPORTERE: itaque ficto se herede intendit, velut hoc modo: JUDEX ESTO. SI AULUS AGERIUS (id est ipse actor) LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI EUM FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET; et si debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subjicitur: TUM SI PARERET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE.

§ 111.
Die Intestaterbfolge.

I. Das altzivile Recht, wie es in den zwölf Tafeln dargestellt wurde, beruft ab intestato zur Erbschaft:

1. die sui heredes (oben S. 650);

2. den proximus agnatus: d. h. in Ermangelung von sui heredes wird der nächste agnatische Seitenverwandte zur Erbfolge berufen[1];

3. die gentiles: d. h. in Ermangelung agnatischer Seitenverwandtschaft kommen die Gentilen (die Geschlechtsvettern, oben S. 583) zum Zuge. In dem Erbrecht der Gentilen übte das einstige Gesamteigentum der gens seine Nachwirkung[2].

In der zweiten Klasse wird nur der proximus agnatus berufen (mehrere gleich nahe Agnaten nebeneinander). Es gibt nach altem Zivilrecht keine Ausschlagung der Erbschaft (S. 664) und darum keine successio graduum, keine Reihenfolge der Delationen innerhalb derselben Klasse. Der gleiche Satz gilt von dem Verhältnis der verschiedenen Klassen zu einander. Es gibt wie keine successio graduum, so auch keine successio ordinum, keine Reihenfolge der Delationen an die verschiedenen Klassen nacheinander. Sind Agnaten da, so kann den Gentilen nicht deferiert werden, auch wenn die Agnaten von ihrer Delation keinen Gebrauch machen. Weil es keine Ausschlagung gibt, beruft der Wortlaut der zwölf Tafeln den Agnaten nur, wenn keine sui, die Gentilen nur, wenn keine Agnaten da sind. Es gibt nach Zivilrecht nur eine einzige Delation der Intestaterbschaft. Bleibt diese erfolglos, so empfängt die Erbschaft vielleicht einen Erben durch usucapio pro herede (oben S. 659), oder es tritt später kraft prätorischer bonorum possessio ein prätorischer Erbe ein; sonst (wenn auch bonorum possessio nicht erbeten wird) weist der Prätor die

---

[1] Über das Wesen der Agnation oben S. 580. — Nach der Auslegung, welche man der (das Frauenerbrecht beschränkenden) Lex Voconia (169 v. Chr.) gab, wurden später von den weiblichen Agnaten nur die consanguineae, die agnatischen Schwestern des Erblassers, in der zweiten Klasse zur Intestaterbfolge berufen.

[2] Vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 3 S. 26; oben S. 41 ff.

Gläubiger in die herrenlose Erbschaft, um die Güter zum Zweck ihrer Befriedigung an einen bonorum emtor (oben S. 334) zu verkaufen.

Der emancipatus kann sui haben; Agnaten kann er nicht haben. An Stelle der Agnaten steht bei ihm, wie bei dem freigelassenen Sklaven, sein manumissor (oben S. 621) und dessen agnatische Deszendenz (die sui des manumissor).

XII tab. V 4 5: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.

GAJ. Inst. III § 11: Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his, qui tum, cum certum est, aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt. § 12: Nec in eo jure successio est: ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil juris ex lege conpetit.

II. Das prätorische Edikt teilt die Verwandtschaft für die Intestaterbfolge in vier Klassen, welche nacheinander berufen werden. Es gibt:

1. die bonorum possessio unde liberi. Zu den liberi des prätorischen Edikts gehören die sui heredes des Zivilrechts und die emancipati, aber nur diejenigen emancipati, welche leibliche Deszendenten des Verstorbenen sind (also weder emanzipierte Adoptivkinder noch die remanzipierte uxor in manu). Insoweit hat der Prätor das Agnationsprinzip des Zivilrechts für die erste Klasse der Intestaterben aufgegeben und ist zum Kognationsprinzip übergegangen. Aber nicht vollständig. Nur die emanzipierten leiblichen Deszendenten werden vom Prätor neben sui in der Klasse unde liberi berufen, nicht die einem anderen in Adoption gegebenen (solange das Adoptionsverhältnis nicht durch emancipatio aufgehoben ist; im letzteren Fall tritt das Kind in die Klasse der liberi seines leiblichen Vaters ein, als wenn es von diesem emanzipiert wäre). Die Mutter hat, wie keine sui, so keine liberi. Die bonorum possessio unde liberi ist, soweit sie den sui zugute kommt, eine b. p. juris civilis adjuvandi, soweit sie den emancipati zu teil wird, eine b. p. juris civilis corrigendi gratia. Die Folge der Korrektur, welche der Prätor zugunsten der emanci-

pati hat eintreten lassen, ist aber, dafs der emancipatus unter Umständen neben seinen eigenen Kindern zur Erbschaft seines Vaters berufen wird — dann nämlich, wenn seine (vor der Emanzipation erzeugten) Kinder in der Gewalt ihres Grofsvaters zurückgeblieben waren. Die Kinder des emancipatus zählen dann zu den sui ihres Grofsvaters, der emancipatus neben ihnen zu den liberi des prätorischen Rechts. Daher die Bestimmung des prätorischen Edikts (des sogenannten edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus)[8], dafs der Erbteil, welcher dem emancipatus zugefallen sein würde, falls er nicht emanzipiert worden wäre, in solchem Fall zur Hälfte auf ihn, zur anderen Hälfte auf seine Kinder fallen solle. So wird die Ungleichheit ausgeglichen, welche sonst den Geschwistern gegenüber entstanden wäre, wenn der emancipatus und seine Kinder je zu einem vollen Erbteile berufen worden wären. Die andere Ungleichheit, dafs die sui (wegen ihrer Erwerbsunfähigkeit, oben S. 200) lediglich auf ihren Erbteil beschränkt waren, der emancipatus aber aufser dem Erbteil auch das inzwischen von ihm erworbene Vermögen hatte, beseitigte der Prätor dadurch, dafs er den emancipatus zur collatio bonorum nötigte, d. h. ihn verpflichtete, sein inzwischen erworbenes Vermögen, soweit es ohne die Emanzipation dem Vater zugefallen wäre (also mit Ausschlufs des kastrensischen und quasikastrensischen Erwerbes), in die Erbschaft einzuwerfen. Vgl. unten § 114.

2. Die bonorum possessio unde legitimi. Sind keine liberi da oder haben diese ihre Agnitionsfrist von einem annus utilis versäumt, so gelangen die legitimi, d. h. die Intestaterben des Zivilrechts, zur bonorum possessio. Also zunächst (nach klassischem Recht) wiederum die sui (aber ohne die emancipati), welche also als solche noch einen zweiten annus utilis für Erbittung der b. p. haben. In Ermangelung von sui der proximus agnatus. In Ermangelung auch von Agnaten in der älteren Zeit die Gentilen, solange der Gentilenverband

---

[8] Dies Edikt ward durch Salvius Julianus bei der endgültigen Feststellung des Edikts unter Hadrian (oben S. 96) hinzugefügt. Daher heifst es auch: nova clausula Juliani de conjungendis usw.

wirksam war. Es braucht nicht gesagt zu werden, dafs diese b. p. unde legitimi eine b. p. juris civilis adjuvandi gratia ist.

3. Die bonorum possessio unde cognati. Hat auch die zweite Klasse die Agnition der b. p. versäumt oder ist niemand da, welcher zur zweiten Klasse gehörte, so werden in dritter Reihe vom Prätor die Kognaten bis zum sechsten Grade einschliefslich und vom siebenten Grade der sobrino sobrinave natus berufen. Sobrini sind sich gegenseitig die Kinder von consobrini (von Geschwisterkindern). Der sobrinus des Erblassers ist mit ihm im sechsten Grade verwandt. Das Kind des sobrinus (sobrino natus), im siebenten Grade stehend, soll den Erblasser nach prätorischem Recht beerben, obgleich umgekehrt der sobrino natus von dem Erblasser nicht würde beerbt worden sein. Unter den Kognaten entscheidet die Verwandtschaftsnähe. Hier kommen also an erster Stelle wiederum die Deszendenten des Erblassers, diese also zum dritten Mal, aber alle leiblichen Kinder, mögen sie emanzipiert oder in Adoption gegeben und mögen sie noch der Adoptivfamilie angehörig sein oder nicht. Hier gibt es keinen emancipatus und keinen suus, keinen capite minutus und kein Hauskind; es entscheidet lediglich das natürliche Verhältnis. Weder erbt die uxor in manu (welche sowohl zu den liberi der ersten Klasse wie zu den sui des Zivilrechts gehört) hier neben ihren Kindern, noch erben neben dem emancipatus seine in der Gewalt zurückgebliebenen Kinder (die Enkel des Erblassers). Vielmehr werden an erster Stelle wie alle Deszendenten, so nur die Deszendenten und zwar so berufen, dafs schlechtweg die Deszendenten von Deszendenten durch ihren noch lebenden parens ausgeschlossen werden[4]. In dieser Klasse wird wie der Vater so die Mutter von ihren Kindern beerbt, und hat dann endlich auch (aber erst nach den Kindern) die Mutter neben dem Vater als solche ein Erbrecht, ohne Rücksicht darauf, ob sie in der manus ihres Mannes war oder nicht. Dann folgt die kognatische Seitenverwandtschaft bis zum sechsten bezw.

---

[4] Hier findet also die clausula Juliani de conjungendis cum emancipato liberis ejus keine Anwendung: die in der Gewalt zurückgebliebenen Kinder sind durch ihren Vater, den emancipatus, vielmehr ausgeschlossen.

siebenten Grad, ohne Rücksicht auf das Geschlecht (vgl. oben Anm. 1) und ohne Rücksicht auf capitis deminutio[5].

4. Die bonorum possessio unde vir et uxor. An letzter Stelle endlich, wenn überall keine erbberechtigten Verwandten da sind oder dieselben von der b. p. keinen Gebrauch machen, wird die b. p. dem überlebenden Ehegatten als solchem gegeben (also ohne Rücksicht auf die manus).

Sowohl die b. p. unde cognati wie die b. p. unde vir et uxor wird nur juris civilis supplendi gratia gegeben, ist also, sobald zivile Erben da sind, welche nur versäumt haben, die b. p. zu erbitten, von lediglich vorläufiger Bedeutung.

Nach prätorischem Recht gilt, wie schon bemerkt ist, die successio ordinum. Macht von der nächstberufenen Klasse binnen der gesetzten Zeit niemand von der b. p. Gebrauch, so kann die b. p. von der nächstfolgenden Klasse erbeten werden. Ebenso gilt innerhalb der dritten Klasse successio graduum: versäumen die nächstberufenen Kognaten die b. p., so kann sie von den ferneren Kognaten erbeten werden. Diese successio ordinum et graduum (sogenanntes edictum successorium) bedeutet, dafs die Erbschaft nach prätorischem Recht grundsätzlich nicht ohne Erben bleiben soll.

III. Das Justinianische Recht. Bereits das prätorische Edikt hatte der Kognation neben der Agnation eine Bedeutung für das Intestaterbrecht gegeben. Durch die kaiserliche Gesetzgebung ist, langsam voranschreitend, das Kognationsprinzip immer mafsgebender entfaltet worden. Das senatusconsultum Tertullianum (unter Hadrian) gab der Mutter als solcher, falls sie (als ingenua) das jus trium liberorum oder (als libertina) das jus quatuor liberorum hatte (vgl. oben S. 610), ein ziviles Intestaterbrecht (legitima hereditas) neben der agnatischen Schwester (nicht aber neben dem agnatischen Bruder) des Ver-

---

[5] Der Prätor blieb aber auf dem Boden des Zivilrechts, sofern Voraussetzung auch des prätorischen Erbrechts das römische Bürgerrecht war (das galt wie für die Kognaten so auch für die gleich zu nennende b. p. zugunsten des Ehegatten). Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 120. Dem Peregrinen fehlt die römische Erbfähigkeit (oben S. 195). Familien- und Erbrecht sind grundsätzlich vom jus gentium unberührt geblieben (oben S. 78).

storbenen, hinter den liberi und dem Vater (bezw. dem parens manumissor), aber vor den ferneren Agnaten. Umgekehrt gab das sc. Orphitianum (unter Mark Aurel 178 n. Chr.) den Kindern als solchen das nächste Intestaterbrecht gegen ihre Mutter. Später ward, durch Valentinian II. und Theodosius, ihnen auch ein (den ferneren Agnaten vorgehendes) Intestaterbrecht gegen ihre mütterlichen Aszendenten gegeben. Das Verwandtschaftsverhältnis zwischen der Mutter und ihren Kindern (als solchen), welches für das alte Zivilrecht gar nicht vorhanden war (oben S. 587), ward durch diese beiden Senatuskonsulte für das Intestaterbrecht zivilrechtlich anerkannt: die Erbfolge unter Aszendenten und Deszendenten erfuhr eine Reform im Sinne des Kognationsprinzips. Eine gleiche Reform bahnte für das Geschwistererbrecht Kaiser Anastasius an, welcher (498 n. Chr.) den emanzipierten (also bloſs kognatischen) Geschwistern ein Erbrecht neben den agnatischen Geschwistern, jedoch nur auf die Hälfte des einem agnatischen Geschwisterteil zufallenden Erbteils, gab. Justinian setzte kognatische Geschwister nebst ihren Kindern den agnatischen gleich und gewährte vollbürtigen Geschwistern als solchen den Vorzug vor halbbürtigen agnatischen Geschwistern (das letztere durch Nov. 84).

Die endgültige Reform des Intestaterbrechts ward noch nicht durch das Corpus juris — welches vielmehr das durch Kaisergesetzgebung umgebildete agnatische Intestaterbrecht des Zivilrechts einerseits, das System der prätorischen bonorum possessio ab intestato andererseits ganz in alter Art nebeneinander aufweist —, sondern erst durch die Novelle 118 (an welche sich die Nov. 127 ergänzend anschlieſst) vollzogen.

Die Novelle 118 kennt nur noch ein einziges System der Verwandtenerbfolge: das durch sie selber gesetzte Erbfolgesystem. Der Gegensatz von jus civile und jus honorarium ist aufgehoben. Der Sieg aber ist dem zuerst von dem jus honorarium vertretenen Kognationsprinzip zugefallen. Nach der Novelle 118 entscheidet für die Verwandtenerbfolge grundsätzlich die Nähe der natürlichen Blutsverwandtschaft, d. h. die Nähe der Kognation. Die Verwandten werden durch die Novelle 118 für die Intestaterbfolge in vier Klassen eingeteilt:

1. Die erste Klasse bilden die Deszendenten des Erblassers als solche, mag es sich um die Erbschaft des Vaters oder der Mutter handeln: es gilt kognatische Deszendentenfolge[6]. Dem leiblichen Kinde steht jedoch das Adoptivkind gleich (oben S. 615), so daſs also das Adoptivkind sowohl Erbrecht gegenüber seinem leiblichen Vater (als wirklicher kognatischer Deszendent) wie seinem Adoptivvater gegenüber hat[7]. Es gilt unter Deszendenten ersten Grades gleiche Erbteilung (sogenannte successio in capita). Deszendenten von Deszendenten werden durch ihren noch lebenden parens ausgeschlossen, treten aber, falls ihr parens bereits vorverstorben ist, in die Stelle desselben ein (sogenanntes Repräsentationsrecht) und erben zusammen den Teil, welcher ihrem parens zugekommen sein würde (sogenannte successio in stirpes).

2. Die zweite Klasse bilden die Aszendenten, die vollbürtigen Geschwister und die Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern, lediglich nach Maſsgabe der Kognation ohne Rücksicht auf Agnation. Von den Aszendenten erben immer nur die nächsten: es gilt kein Eintrittsrecht der überlebenden Aszendenten eines vorverstorbenen parens: die beiderseitigen Groſseltern kommen also nur dann zur Erbschaft, wenn beide Elternteile bereits vorverstorben sind. In solchem Fall wird unter die Groſseltern[8], falls weder Geschwister noch Geschwisterkinder mit ihnen erben, in lineas geteilt: die eine Hälfte der Erbschaft fällt auf die Aszendenten väterlicher, die andere Hälfte auf die Aszendenten mütterlicher Seite, so daſs also z. B. der Groſsvater väterlicherseits, welcher allein überlebt, die ganze eine Hälfte der Erbschaft, die beiden Groſseltern mütterlicherseits (falls hier noch

---

[6] Wie dieselbe oben S. 674 bereits für die prätorische Klasse unde cognati entwickelt ist. Vgl. S. 581.

[7] In dieser Berücksichtigung des Adoptivkindes in der Adoptivfamilie äuſsert sich der letzte Rest des alten Agnationsprinzips. Es liegt die Idee zu Grunde, daſs Agnation die Rechte der Kognation in sich schlieſst, vgl. S. 581.

[8] Bezw. wenn auch alle Groſseltern vorverstorben sind, aber noch höhere Aszendenten überleben, unter diese.

beide Grofselternteile überleben) zusammen nur die andere Hälfte der Erbschaft empfangen.

Überleben aber neben den Aszendenten auch vollbürtige Geschwister und Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern den Erblasser, so werden diese Geschwister, bezw. deren Kinder[9] neben den Aszendenten berufen. Aszendenten und Geschwister erben dann in capita (hier also wird unter den Aszendenten die väterliche und die mütterliche Linie nicht unterschieden: auf jeden fällt ein gleicher Erbteil). Kinder von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern treten in die Stelle ihres vorverstorbenen parens (Repräsentationsrecht) und empfangen zusammen den Teil, welcher diesem zugekommen wäre (successio in stirpes).

3. Die dritte Klasse bilden halbbürtige Geschwister und Kinder von vorverstorbenen halbbürtigen Geschwistern, ohne Unterscheidung von consanguinei und uterini (oben S. 583), also auf Grund kognatischer halbbürtiger Geschwisterschaft. Es gilt unter den halbbürtigen Geschwistern gleiche Erbteilung (successio in capita). Die Kinder vorverstorbener halbbürtiger Geschwister treten in die Stelle ihres parens ein (Repräsentationsrecht) und erben zusammen den Teil, welcher ihrem parens zugekommen wäre (successio in stirpes).

4. Die vierte Klasse bilden alle übrigen Seitenverwandten, welche nach der Nähe des Grades berufen werden. Die prätorische Beschränkung der Erbfähigkeit auf den sechsten bezw. siebenten Grad der Seitenverwandtschaft (oben S. 674) ist aufgehoben. Soweit die Seitenverwandtschaft überhaupt nachweisbar ist, kann sie, falls nur keine näheren Verwandten auftreten, geltend gemacht werden. Dabei gilt jedoch weder Repräsentationsrecht — der nähere Grad schliefst vielmehr schlechtweg den ferneren aus — noch successio in stirpes: unter mehrere gleich nahe Seitenverwandte wird immer zu gleichen Teilen (in capita) geteilt.

Es gilt im Verhältnis der einzelnen Klassen successio

---

[9] Die letzteren nach Nov. 118 nur neben Geschwistern, nicht auch neben Aszendenten, nach Nov. 127 auch neben Aszendenten.

ordinum: wird von der erstberufenen Klasse niemand Erbe, sei es infolge Todes (vor dem Erbschaftsantritt) oder Ausschlagung, so wird der nächstberufenen Klasse deferiert. Es gilt ferner in den einzelnen Klassen successio graduum: wird von dem nächstberufenen Grade niemand Erbe, so wird dem nächstfolgenden Grade deferiert.

Durch die Nov. 118 (und Nov. 127) ist nur die Verwandtenerbfolge reformiert worden. Für die Erbfolge des Ehegatten blieb es bei der prätorischen bonorum possessio unde vir et uxor, so dafs also auch nach Justinianischem Recht der Ehegatte erst dann zur Erbschaft berufen wird, wenn niemand von der Verwandtschaft Erbe wird. Auch durch den entferntesten Seitenverwandten wird der Ehegatte ausgeschlossen. Nur die dürftige (und undotierte) Witwe hat nach Justinianischem Recht neben den Verwandten ihres Mannes einen Anspruch auf den vierten Teil von dem Nachlafs des (wohlhabenden) Ehemannes, neben mehr als drei Kindern aber nur auf einen Kopfteil (also mit den Kindern zu gleichem Teil), und zwar so, dafs sie, soweit sie ihre eigenen Kinder beschränkt, nur Niefsbrauch, nicht Eigentum, an ihrem Teil erwirbt — ein Recht, welches der dürftigen Witwe auch durch Testament ihres Mannes nicht entzogen werden kann.

Die bonorum possessio unde vir et uxor ist zugleich der letzte Rest des einstigen prätorischen Intestaterbrechts, welcher in das Recht der Novelle 118 hineinragt; im übrigen ist der Dualismus von hereditas und bonorum possessio für die Intestaterbfolge nicht mehr da. Er ist durch eine Entwickelung, welche das vom Prätor vertretene kognatische Erbfolgesystem zum Siege führte, innerlich überwunden worden.

Starb ein Hauskind, welches noch in der väterlichen Gewalt war, so wurde nach dem Recht vor der Novelle 118 das ganze Vermögen des Hauskindes (auch sein peculium castrense und quasi castrense) von seinem Vater jure peculii eingezogen, als ob es immer Eigentum des Vaters gewesen wäre (oben S. 618). Nach der Novelle 118 wird das Hauskind aber ebenso beerbt wie ein paterfamilias, also zunächst von seinen eigenen Kindern. Nur dafs der Erbteil dieser Kinder des Hauskindes unter den Gesichtspunkt der bona adventicia fällt, so dafs also dem Grofs-

vater, als dem Inhaber der patria potestas auch über die Enkel, daran Niefsbrauchs- und Verwaltungsrecht zukommt (oben S. 619). Auch in dieser Hinsicht stellt die Novelle 118 den Abschlufs einer jahrhundertelangen Entwickelung dar. Gleichzeitig ward das Kognationsprinzip für das Intestaterbrecht und mit der Beerbungsfähigkeit die volle Vermögensfähigkeit des Hauskindes durchgesetzt: dort wie hier war es die patria potestas, deren zivilrechtliche Wirkungen vor den Anschauungen einer anderen Zeit verschwanden.

Erbloses Gut, d. h. eine Erbschaft, in die weder ein Intestaterbe noch ein Testamentserbe eintritt (bona vacantia), zieht der Fiskus loco heredis ein. Dem Fiskus geht für den vakanten Nachlafs eines Geistlichen die Kirche, für den vakanten Nachlafs eines Soldaten das Regiment vor.

Nov. 118 c. 1: Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cujuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. — c. 2: Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus . . . Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur. — c. 3 pr.: Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. — c. 3 § 1: Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus, secundum uniuscujusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur.

c. 4: Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi, sive per feminae personam defuncto jungebantur; sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus.

L. un. C. unde vir et uxor (6, 18) (THEODOS.): Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quotiens deficit omnis parentum, liberorum seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso.

Anhang. Das B.G.B. hat die gesetzliche Erbfolge der Verwandten (d. h. der Blutsverwandten; Verschwägerte, z. B. Schwiegereltern, Stiefkinder, sind keine Verwandten im Sinne des B.G.B., vgl. § 1589) in Anschlufs an die deutsche Gliederung der Blutsverwandtschaft nach Parentelen geregelt. Parentel (oder Linie) ist eine Deszendentengruppe, d. h. die Gesamtheit aller, die von denselben Stammeltern in gerader Linie abstammen. Die Parentel heifst im B.G.B. „Ordnung". Die Nähe der Stammeltern zum Erblasser bestimmt die Nähe der Deszendentengruppe (der „Ordnung") zur Erbfolge. So lange jemand aus der näheren Ordnung berufen ist, bleibt die entferntere Ordnung ausgeschlossen, ohne Rücksicht auf die Gradesnähe (der Enkel gehört zur ersten Ordnung und schliefst darum den Vater des Erblassers, der in der zweiten Ordnung steht, von der Erbfolge aus, obgleich der Enkel im zweiten, der Vater im ersten Grade mit dem Erblasser verwandt ist). Die erste Ordnung ist die Deszendenz des Erblassers (seine Kinder, Enkelkinder usf.). Die zweite Ordnung bilden Vater und Mutter des Erblassers und deren Deszendenz (die Geschwister des Erblassers und deren Kinder, Neffen und Nichten, gehören also zur zweiten Ordnung, und zwar wie die vollbürtigen, ebenso die halbbürtigen Geschwister). Die dritte Ordnung besteht aus den Grofseltern des Erblassers und deren Deszendenz (in dieser Ordnung stehen also Onkel und Tante, Vetter und Kusine und deren Kinder). Zur vierten Ordnung gehören die Urgrofseltern des Erblassers und deren Abkömmlinge, usf. Innerhalb der einzelnen Ordnungen bestimmt sich die Nähe zur Erbfolge durch die Nähe zu den Stammeltern. Durch Berufung der Stammeltern ist Berufung ihrer Abkömmlinge ausgeschlossen. Ist der Erblasser kinderlos gestorben, es leben aber noch Vater und Mutter, so werden nur Vater und Mutter berufen (nicht die Geschwister, auch nicht die Aszendenten als solche: Grofseltern sind, weil zur dritten Ordnung gehörig, ausgeschlossen, solange Vater oder Mutter oder Geschwister oder Neffen oder Nichten bezw. deren Abkömmlinge berufen sind). Sind aber die Stammeltern oder ist ein Stammelternteil von der Berufung ausgeschlossen („weggefallen"), sei es durch Vorversterben oder durch Ausschlagung (die Ausschlagung wirkt rückwärts: der Ausschlagende gilt als wäre er vorverstorben und daher nie berufen gewesen) oder auch durch

Enterbung von seiten des Erblassers (bezw. durch Erbverzicht), so sind die Abkömmlinge des Weggefallenen zu dem Erbteil des Weggefallenen berufen: in der zweiten Ordnung also die Geschwister des Erblassers (eventuell deren Kinder), und zwar die vollbürtigen (die beide Eltern mit dem Erblasser gemeinsam haben) sowohl zu dem Erbteil des weggefallenen Vaters wie zu dem Erbteil der weggefallenen Mutter (sind beide Eltern weggefallen, also zu zwei Erbteilen), halbbürtige Gschwister nur zu dem Erbteil des ihnen mit dem Erblasser gemeinsamen Elternteils (also höchstens zu einem Erbteil). In allen Ordnungen wird der Abkömmling nur bei Wegfall seines Elternteils berufen. In den ersten drei Ordnungen (Deszendenz des Erblassers, seiner Eltern, seiner Grofseltern) gilt aber die sogenannte reine Linealordnung, d. h. der Abkömmling wird nur durch seinen Elternteil (durch den er mit dem Erblasser verwandt ist), nicht durch seinen Grad ausgeschlossen; er wird nicht dadurch ausgeschlossen, dafs andere Abkömmlinge näheren Grades berufen sind (der Enkel des Erblassers vom vorverstorbenen oder sonst „weggefallenen“ Sohne wird berufen neben dem anderen Sohne; der Neffe vom „weggefallenen“ Bruder neben dem anderen Bruder; der Vetter vom „weggefallenen“ Onkel neben der Tante usf.). Mit anderen Worten: in den ersten drei Ordnungen gilt unbeschränktes Repräsentationsrecht (also in erheblich weiterem Umfang als nach römischem Recht): der Abkömmling tritt in die Erbschaftsnähe seines „weggefallenen“ parens ein (er wird nur durch seinen eigenen parens ausgeschlossen). Es gilt dementsprechend innerhalb der ersten drei Ordnungen successio in stirpes. Die Erbschaft wird nach Stämmen geteilt. Auf den Abkömmling fällt der Teil der Erbschatt, welcher dem weggefallenen parens zugekommen wäre, den er „vertritt“. Mehrere Abkömmlinge, die denselben parens repräsentieren (z. B. Enkelkinder vom weggefallenen Sohn), nehmen zusammen denselben einen Erbteil. Nur von der vierten Ordnung an (Deszendenz der Urgrofseltern usf.) gilt die Lineal-Gradualordnung: innerhalb dieser ferneren Ordnungen entscheidet schlechtweg die Nähe des Grades (der Abkömmling wird nicht blofs durch seinen parens ausgeschlossen, sondern auch durch den näheren Grad eines anderen zur gleichen Ordnung gehörenden: der Grofsonkel schliefst den Abkömmling eines weggefallenen Grofsonkels aus), und es gilt dementsprechend in diesen entfernteren Ordnungen successio in capita: jeder Erbe empfängt einen gleichen Teil. Vgl. B.G.B. §§ 1924—1930.

Neben den Verwandten der ersten und der zweiten Ordnung und neben Grofseltern hat der Ehegatte ein gesetzliches Erbrecht (neben Kindern auf ein Viertel, neben der zweiten Ordnung und den Grofseltern auf die Hälfte); allen übrigen Verwandten geht der Ehegatte in der gesetzlichen Erbfolge vor, so dafs er ferneren Verwandten gegenüber die ganze Erbschaft nimmt (B.G.B. §§ 1931—1934). Der Ehegatte ist also bedeutend besser gestellt als im römischem Recht, wo der Ehegatte allen Verwandten nachstand und auch nach justinianischem Recht nur der armen Witwe ein gesetzliches Erbrecht neben Verwandten zukam. Als letzter

gesetzliche Erbe für den Fall, dafs weder ein Verwandter noch ein Ehegatte berufen ist, tritt der Fiskus ein. B.G.B. § 1936 (vgl. oben S. 680).

§ 112.
Die testamentarische Erbfolge.

Das Testament ist in seiner schliefslich vom römischen Recht ausgebildeten Gestalt das einseitige letztwillige Rechtsgeschäft der Erbeseinsetzung. Es ist einseitig (vgl. oben S. 230), denn es kommt allein durch den Willen des Testators zu stande; eine etwaige Annahmeerklärung seitens des eingesetzten Erben ist weder notwendig noch erheblich. Es ist letztwillig, denn es ist widerruflich, solange der Testator lebt. Es verfügt immer über die ganze Erbschaft (über die Nachfolge in die Persönlichkeit des Erblassers), denn dem eingesetzten Erben wird notwendig die ganze Erbschaft deferiert, weil nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (oben S. 649). Jeder Testamentserbe, auch der nur mit einem Bruchteil der Erbschaft bedachte, ist im Grundsatz auf die ganze Erbschaft eingesetzt, so dafs ihm die Gesamt-Erbschaft zufällt, falls aus diesem Testament kein anderer Erbe wird, sei es weil die übrigen Testamentserben ausschlagen (Akkreszenz, vgl. unten § 114), sei es weil aufser ihm kein Erbe eingesetzt ist. Ebenso wird der Erbe, den der Testator nur auf bestimmte Gegenstände eingesetzt hat (heres ex re certa) dennoch als Universalerbe behandelt (die institutio ex re certa ist ein Widerspruch in sich selbst). Er bekommt die ganze Erbschaft, bzw. einen Bruchteil (falls noch andere neben ihm eingesetzt sind): seine Beschränkung auf die benannten Gegenstände wird nach römischem Recht gestrichen. Sie ist nur mittelbar wirksam: wenn sie entweder erkennbar eine Zuwendung (Fideikommifs) an bestimmte andere Personen bzw., falls mehrere Erben neben einander ex re certa eingesetzt sind, eine Erbteilungsvorschrift des Testators zum Ausdruck bringt[1]. Folgeweise ist nach römischem Recht jedes

[1] So kann die Beschränkung des eingesetzten Erben auf bestimmte Gegenstände ein Universalfideikommifs (unten § 117) zugunsten der Intestaterben oder zugunsten des in einem früheren Testament eingesetzten Erben bedeuten (die letzteren empfangen dann aber die Erbschaft nicht als Erbschaft aus dem früheren Testament, sondern als Universalvermächtnis aus

zweite Testament notwendig die Aufhebung des früheren. Niemand kann aus zwei Testamenten beerbt werden. Rechtsgültig ist immer allein das letzte Testament, weil jedes Testament notwendig die gesammte Erbfolge, die successio in universum jus defuncti, regelt. Nur der Soldat hat nach römischem Recht das Vorrecht, einen heres ex re certa gültig ernennen und blofs über einen Teil der Erbschaft testieren zu können[2]: der miles kann mehrere Testamente machen, die neben einander gültig sind.

Der wesentliche Inhalt des Testaments ist die Erbeseinsetzung. Fehlt die Erbeseinsetzung oder wird die Erbeseinsetzung durch Tod oder Ausschlagung der Erben oder sonst entkräftet, so ist das ganze Testament ungültig. Ohne gültige Erbeseinsetzung kein gültiges Testament. Das Testament kann aufser der Erbeseinsetzung noch andere letztwillige Verfügungen enthalten: Freilassungen (oben S. 188), Vermächtnisse, Vormundschaftsernennungen. Aber deren Gültigkeit ist von der Gültigkeit der Erbeseinsetzung abhängig. Die Erbeseinsetzung ist „velut caput et fundamentum totius testamenti" (Gajus II,

---

diesem letzten Testament): der ex re certa Eingesetzte mufs dann die Erbschaft bezw. seinen Erbteil mit Ausnahme der ihm vom Erblasser zugesprochenen Gegenstände an die Intestaterben bezw. die Erben des früheren Testaments herausgeben. Immer vorausgesetzt, dafs aus diesem Testament (in welchem der heres ex re certa eingesetzt ist) deutlich hervorgeht, dafs jene bestimmten anderen Personen dennoch die Erbschaft haben sollen: es heifst z. B. im zweiten Testament, dafs das frühere Testament „gültig bleiben soll" (ut valeret prius testamentum expressum est, l. 30 D, 36, 1); sonst wird die Beschränkung auf die certa res als nicht geschrieben behandelt. — Nach B.G.B. § 2087, 2 ist der nur auf einzelne Gegenstände eingesetzte „Erbe" im Zweifel nicht als Erbe, sondern nur als Vermächtnisnehmer anzusehen. Ähnlich schon Justinian in l. 13 C. 6, 24 für den Fall, dafs ein Erbe ex re certa, der andere normal eingesetzt ist: der letztere hat ipso jure den ganzen Nachlafs (ohne die certa res) mit den Nachlafsschulden; es bedarf keiner „Restitution" des Erbteils durch den ex re certa Eingesetzten an den Miterben (im übrigen, also namentlich für die Akkreszenz, falls der andere Erbe ausschlägt, scheint Justinian dennoch auch in diesem Fall den heres ex re certa als Erben und nicht blofs als Vermächtnisnehmer anzusehen).

[2] Daher heifst es vollständig: Nemo ex paganis pro parte testatus usw. Paganus ist der Zivilist im Gegensatz zum miles.

§ 229). Ja, es galt der Satz: jede letztwillige Verfügung ist ungültig, die im Testament der Erbeseinsetzung vorausgeht (ante heredis institutionem inutiliter legatur)[3]. Erst Justinian hat diesen Formalismus abgeschafft (l. 24 C. 6,23).

Testamenti factio activa, d. h. die Fähigkeit, ein römisches Testament zu errichten, hat nur der vollkommen geschäftsfähige civis Romanus paterfamilias. Der filiusfamilias kann nur über seine bona castrensia und quasi castrensia testieren; in Bezug auf diese Güter ist er paterfamilias. Der impubes, der furiosus, der prodigus ist wegen Mangels an der Geschäftsfähigkeit vom Testieren ausgeschlossen. Der pubes minor kann testieren, weil er vollkommen geschäftsfähig ist (oben S. 254). Die Beschränkung der Frau (welche sui juris war), dafs sie nur unter auctoritas ihres Geschlechtsvormundes testieren könne, fiel mit der tutela mulierum hinweg.

Dagegen ist die testamenti factio passiva, d. h. die Fähigkeit, in einem Testament mit Erbeseinsetzung oder Vermächtnis bedacht zu werden, in der Vermögensfähigkeit nach jus civile, also für das Justinianische Recht, welches den Gegensatz von jus civile und jus gentium für die Reichsbürgerschaft nicht mehr kennt, schlechtweg in der gemeinen Vermögensfähigkeit, d. h. in der Persönlichkeit als solcher enthalten. Nur mufs der eingesetzte Erbe im Augenblick des Todes des Erblassers mindestens als nasciturus da sein (vgl. oben S. 184). Auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Staat, Kirche, Gemeinden) haben nach Justinianischem Recht t. f. passiva; den rechtsfähigen Vereinen aber mufs die Fähigkeit, zum Erben eingesetzt zu werden, noch nach Justinianischem Recht durch besonderes kaiserliches Privileg verliehen sein[4]. Gewissen Per-

---

[3] Labeo und ihm folgend die Prokulejaner wollten zugunsten der tutoris datio eine Ausnahme machen: sie sei auch ante heredis institutionem gültig, weil nihil ex hereditate erogatur tutoris datione. Die Sabinianer aber beurteilten auch die tutoris datio als eine Verfügung über den Nachlafs (vgl. oben S. 632 Anm. 1). Gaj. II §§ 229—231.

[4] Vgl. oben S. 225 Anm. 6. Zu dem dort bezüglich der Stadtgemeinden Gesagten ist einschränkend zu bemerken, dafs die Stadtgemeinden nach klassischem Recht schlechtweg (ohne besonderes Privileg) nur die Vermächtnisfähigkeit, mit Einschlufs des Erwerbs eines Universalfideikommisses, und die Fähigkeit besitzen, von ihren eignen Freigelassenen zum

sonen ist durch positives Gesetz zur Strafe die Erbfähigkeit und damit auch die t. f. passiva entzogen (unten § 114 a. E.).

Die Entwickelungsgeschichte, welche das römische Testament durchgemacht hat, ergibt sich aus der folgenden Darstellung.

I. Das altzivile Recht kannte ursprünglich nur das öffentliche Testament vor der Volksversammlung (calatis comitiis[5]). Wahrscheinlich deshalb, weil die Erbeseinsetzung ursprünglich eine abgeschwächte Art der Adoption war[6], eine Adoption nämlich, welche den eingesetzten Erben nicht sofort, aber nach dem Tode des Testators (sofern das Testament nicht widerrufen wurde) zum Sohn des Testators machte, falls der Eingesetzte dann auf den Willen des Testators einging. Wie die Adoption[7], so fordert deshalb auch das Testament die Mitwirkung der Volksversammlung. Nur dem Soldaten war es gestattet, wenn er schon in der Schlachtreihe stand, formlos vor den Ohren seines nächsten Kameraden gültig zu testieren (sogenanntes testamentum in procinctu).

Das Komitialtestament war das ordentliche Testament der alten Zeit. Es wird von den zwölf Tafeln vorausgesetzt. Die Anwesenheit der Komitien (Kuriatkomitien) bedeutete die Notwendigkeit der Zustimmung des populus Romanus: Testierfreiheit ist dem alten Recht unbekannt. Dem geborenen Erben (dem Intestaterben) kann das Familienvermögen durch private Verfügung von Todes wegen nicht entfremdet werden; es bedarf eines Volksbeschlusses, gewissermaſsen einer lex specialis. In den zwölf Tafeln erscheinen aber schon die Anfänge des künftigen

---

Erben eingesetzt zu werden. Die allgemeine t. f. passiva (auch für die Erbeinsetzung schlechtweg) ist den Städten erst durch Kaiser Leo (l. 12 C. 6, 24, v. J. 469) zuteil geworden, Mitteis, Röm. Privatr. Bd. 1 S. 378. 379.

[5] Über das Wesen der comitia calata Mommsen, Röm. Staatsrecht, Bd. 3, S. 39.

[6] Für diese Ansicht vgl. die überzeugende Ausführung von Schulin in der oben S. 661 Anm. 4 zitierten Abhandlung, insbesondere S. 50 ff. Anders Pernice, Formelle Gesetze im röm. Recht, S. 29.

[7] Die ursprünglich nur in der Form der Arrogation möglich war. Die datio in adoptionem ist erkennbar jüngeren Ursprungs. Sie hat den Rechtssatz der zwölf Tafeln: si pater filium ter venumduit usw. zur Voraussetzung. Vgl. oben S. 614.

Rechts. Für Legate in bezug auf res nec mancipi (pecunia) und für die tutela über den suus heres (tutela suae rei) ist die vor den Komitien erklärte Verfügung des Testators ohne weiteres „Rechtens". Einer Zustimmung der Komitien bedarf nur noch die Erbeseinsetzung, falls ein anderer als der geborene Erbe zum künftigen Repräsentanten des Hausvaters für das „Hauswesen" (die familia) berufen werden soll[8].

XII tab. V, 8: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.

Erst geraume Zeit nach den zwölf Tafeln ist das Privattestament aufgekommen: das Manzipationstestament, testamentum per aes et libram. Das Privattestament bedeutet die freie Verfügung von Todes wegen: das individualistische Alleineigentum des Erblassers siegt über das alte Gesamteigentum der Familie. Der Testator manzipiert (verkauft) seinen gesamten Nachlafs (familia pecuniaque) vor fünf Zeugen und dem libripens an einen Dritten, den sogenannten familiae emtor, um sodann mit feierlichen Worten (nuncupatio) ihm die Ausführung der in den tabulae testamenti enthaltenen letztwilligen Verfügungen aufzuerlegen. Der familiae emtor soll nur der Form nach Eigentümer des Nachlasses sein. Er ist zur Ausführung des testatorischen Willens, zur Ausantwortung des Nachlasses an die in den tabulae testamenti benannten Personen verpflichtet. Er ist nicht mehr und nicht weniger als ein Testamentsvollstrecker des Testators. Als solcher bezeichnet er sich selbst in den feierlichen Manzipationsworten, durch welche er sich die familia pecuniaque des Testators zueignet: familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta[9]. Es liegt ein Fall der klausulierten mancipatio vor uns, und zwar mit Beredung zugunsten eines Dritten (der im Testament bedachten Personen) — der älteste Fall eines Vertrages zu gunsten eines Dritten,

---

[8] Mitteis, Röm. Privatr, Bd. 1 S. 82 Anm. 24.

[9] Gaj. III § 204. Der familiae emtor erklärt, dafs er die familia nur im Auftrage, als Mandatar des Testators (endo mandatelam), und daher (sachlich) nur als Pfleger fremden Gutes (endo custodelam meam) durch die Manzipation zu Eigentum erwerbe.

welcher vom römischen Recht anerkannt ist. Wie durch die mancipatio (fiduciae causa, oben S. 68) ein Depositum, so kann durch das Mittel derselben auch ein Mandat kontrahiert werden. So in unserem Fall. Wir haben hier die älteste Form des römischen Mandatskontrakts vor uns, als eines nicht consensu, aber re (durch formale Eigentumszuwendung) gültig kontrahierten und zwar streng verpflichtenden Rechtsgeschäfts. Mandat und Eigentumszuwendung stehen nicht in Widerspruch miteinander. Der familiae emtor ist Mandatar des Erblassers, weil er (formell) Eigentümer der familia ist. Das Manzipationstestament ist mit der fiducia verwandt, indem hier wie dort nur formales Eigentum erzeugt wird, welches sachlich den durch die beigefügte Klausel bezeichneten Zwecken dienstbar ist. Dennoch ist unser Geschäft keine fiducia im technischen Sinn, und zwar darum, weil die Pflichten des familiae emtor nicht auf seine „Treue" gestellt und daher nicht von Umständen und Ermessen (eines Ehrenmannes) abhängig, sondern durch das Mittel der nuncupatio genau und in streng verpflichtender Weise präzisiert sind. Dem familiae emtor wird nicht „fidei fiduciae causa" (unter Verweisung auf anderweitige Abreden), sondern mit vollständiger, in den Manzipationsakt aufgenommener, keinen Zweifel über seine Pflichten lassender nuncupatio manzipiert. Die fiducia ist eine Manzipation mit unpräziser, das Manzipationstestament aber eine Manzipation mit präziser Klausel. Die fiducia erzeugt daher eine actio bonae fidei (S. 69), die präzise nuncupatio aber actiones stricti juris. Die Pflicht des familiae emtor zur Ausführung des Auftrags, welchen er durch die mit der mancipatio familiae verbundene nuncupatio empfängt, steht unter dem vollen Schutz des Zwölftafelsatzes:

> Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto. (Vgl. oben S. 66 ff.).

Durch solche Anwendung der Manzipation auf die familia ward es zunächst allerdings nur möglich, Vermächtnisse zu errichten[10]. Der familiae emtor war es ja selber, welcher formell

---

[10] Über diese ursprünglich beschränkte Rolle des Manzipationstestaments vgl. Schulin a. a. O. S. 54 ff. Dort ist auch auf die Eigenschaft des familiae emtor als eines blofsen „Kurator" der Erbschaft mit

zum alleinigen Eigentümer (heres) gemacht wurde. Ein Dritter kann daher nicht gleichfalls heres sein. So lauten denn auch die Nunkupationsworte des Testators lediglich: haec ita ut in his tabulis cerisque („in dieser Testamentsurkunde") scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor[11], itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Das Manzipationstestament war zunächst inhaltlich ein blofses Legatentestament. Erst später, als die Idee des „Eigentums" auf seiten des familiae emtor verblafst war, noch mehr, als demselben auch die Eigenschaft eines Mandatars und Testamentsvollstreckers abhanden kam und derselbe sich in eine blofs der Form wegen zugezogene Person verwandelte, ward die Erbschaft gewissermafsen von dem Eigentum des familiae emtor frei, und ward es nun als die erste Aufgabe des Testaments gedacht, der Erbschaft einen Eigentümer (heres) und zugleich den Gläubigern der Erbschaft einen Schuldner (denselben heres) zu setzen. Dem familiae emtor hatte einst wie die Auszahlung der Vermächtnisse, so die Bezahlung der Erbschaftsschulden obgelegen. Seitdem der familiae emtor von der einen wie von der anderen Tätigkeit entsetzt war, ward es Rechtspflicht des Testators, durch Erbeseinsetzung diese frei gewordene Stelle auszufüllen. Damit erst kam das römische Testament im Sinne der Zukunft auf. Indem im Interesse der Erbschaftsgläubiger (und Legatare) eine Erbeseinsetzung im Testament notwendig ward, entwickelte sich das Testament,

---

Bestimmtheit hingewiesen worden. Doch ist, wie die obige Ausführung darzutun sucht, darin nicht, wie Schulin annimmt, ein Widerspruch mit der Manzipationsnatur des Geschäftes enthalten, als ob die mandatela custodelaque des familiae emtor seinen Eigentumserwerb ausschlösse. Vielmehr ist die Eigentumszuwendung (mancipatio) gerade das Mittel, um ein gültiges Mandat zu erteilen. Gerade so bei dem deutschen Treuhänder. Durch blofsen Konsens kann nach altem Recht kein gültiges Mandat erteilt werden. Noch in klassischer Zeit scheinen sich Erinnerungen an das ursprüngliche formale Eigentum des familiae emtor erhalten zu haben: wahrscheinlich sprach Ulpian in l. 1 § 6 D. 48, 18 von dem familiae emtor, der imaginaria venditione dominium (am Erbschaftssklaven) erlangt hat, vgl. Lenel, Palingenesia II S. 979. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 287.

[11] Testari bedeutet nur „vor Zeugen erklären": Schulin S. 58, unter Umständen sogar nur die Willenserklärung als solche: Kipp, Die Litisdenuntiation, S. 62 ff.

dessen Wesen darin besteht, zunächst und an erster Stelle einen Nachfolger in die Persönlichkeit des Erblassers zu ernennen, einen Erben, der als Universalsukzessor den Erblasser vermögensrechtlich vertritt. Jetzt erst ergab sich für das Manzipationstestament der Satz des klassischen Rechts (vgl. oben S. 684): velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio (Gaj. II § 229).

Das testamentum calatis comitiis war in der klassischen Zeit verschwunden. Das Testament des klassischen Zivilrechts ist das Manzipationstestament (per aes et libram).

GAJ. Inst. II § 101: Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant. Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

§ 102 eod.: Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

§ 103 eod.: Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius, dicis gratia, propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. § 104: Eaque res ita agitur. Qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIA PECUNIAQUE TUA ENDO MANDATELAM CUSTODELAMQUE MEAM, QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS

SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adjiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA. Deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco. Deinde testator, tabulas testamenti tenens, ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS QUIRITES TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE. Et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare.

II. Das prätorische Recht über Testamente schlofs sich an das zivile Manzipationstestament an, aber um es zu einer neuen Form fortzubilden. Die nuncupatio des Manzipationstestaments pflegte bald nur in der feierlichen Erklärung zu bestehen, dafs der Inhalt einer von dem Testator vorgezeigten Urkunde sein letzter Wille sei. Diese Urkunde (tabulae) pflegte, um die Identität feststellen zu können, von den anwesenden sieben Urkundspersonen, den fünf Zeugen, dem libripens und dem familiae emtor (auch die beiden zuletzt Genannten waren zu blofsen Zeugen geworden)[12], mit ihren Siegeln verschlossen zu werden. Die unverletzten Siegel der sieben Zeugen ergaben, dafs wirklich unverändert die Urkunde vorlag, deren Inhalt der Testator durch die mancipatio familiae zu seinem Testament gemacht hatte.

Es war klar, dafs das Wesentliche an dem ganzen Testierakt diese tabulae und die sieben zum Verschlufs dienenden Zeugensiegel waren. Die Manzipationsform mit aes und libra war eine blofse, inhaltlose Förmlichkeit geworden. Der Prätor zog die Folge dieser Tatsache. Er gab demjenigen, welcher ihm eine solche mit sieben Siegeln versiegelte Urkunde, also eine offenbare Testamentsurkunde, vorlegte, die bonorum possessio secundum tabulas, und zwar auch dann, wenn die Form der Manzipationshandlung nicht beobachtet worden war[13].

Damit war von prätorischen Rechts wegen eine neue Testamentsform geschaffen worden. Das Manzipationstestament des

---

[12] Eine andere Erklärung der Siebenzahl der Zeugen gibt H. Erman in der Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. 20, S. 188. 189. Dagegen Mitteis Röm. Privatr., Bd. 1 S. 295 Anm. 16.

[13] Vgl. die älteste Form des Edikts oben S. 661 Anm. 3 und dazu Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2 S. 856.

Zivilrechts hatte die Form eines Vertrages, eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts, welches nur durch die Mitwirkung und Annahmeerklärung des familiae emtor zu stande kam. Der Prätor erklärte mit der mancipatio auch den familiae emtor als solchen und dessen Willenserklärung für unnötig. Der familiae emtor war von prätorischen Rechts wegen auch formell in einen blofsen Zeugen verwandelt. Es genügte und war notwendig, dafs der Testator vor sieben gebetenen Zeugen den Inhalt der Urkunde für sein Testament erklärte. Jetzt erst, durch das prätorische Recht, war die Testamentserrichtung zu einem einseitigen Rechtsgeschäft geworden.

Die b. p. secundum tabulas auf Grund eines mit sieben Zeugensiegeln versiegelten Testaments[14] war dann, wenn die Manzipationsform beobachtet war, eine b. p. juris civilis adjuvandi gratia. Wenn die Manzipationsform aber nicht beobachtet war, ward sie vom Prätor ursprünglich nur juris civilis supplendi gratia gegeben, also nur vorläufig, solange kein ziviler Intestaterbe sich meldete. Erst Antoninus Pius reskribierte, dafs dem bonorum possessor in solchem Fall gegen die hereditatis petitio des legitimus heres eine exceptio doli zu geben sei. Damit war die b. p. secundum tabulas für den Fall, dafs die Manzipationsform fehlte (was seitdem als Regel zu denken ist), in eine b. p. juris civilis corrigendi gratia verwandelt. Die zivile Testamentsform war von prätorischen Rechts wegen reformiert worden. Aus dem zweiseitigen Manzipationsgeschäft ging endgültig das einseitige Testamentsgeschäft im späteren Sinn des Wortes hervor.

Gaj. Inst. II § 119: Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur; et si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, . . . ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem juris est, et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit. § 120: Sed

---

[14] Neben jedem Zeugensiegel mufste die Namensschrift des Zeugen stehen: adscribere, adnotare (l. 22 § 4, l. 30 D. qui test. 28, 1), später superscriptio genannt. — Über das römische Urkundenwesen vgl. jetzt Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 291 ff. 298 ff.

videamus, an, etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur: rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

III. Das Justinianische Recht hat im Anschlufs an die voraufgehende Kaisergesetzgebung den vom Prätor aufgestellten Testamentsbegriff festgehalten und folgende Testamentsformen entwickelt:

1. Das ordentliche Privattestament ist das vor sieben gebetenen, fähigen Zeugen errichtete Testament[15]. Es kann entweder mündlich oder schriftlich errichtet werden. Mündlich wird es errichtet durch Mitteilung seines letzten Willens seitens des Testators an die Zeugen. Schriftlich wird es errichtet durch die Erklärung des Testators, dafs eine von ihm den Zeugen vorgezeigte Urkunde sein Testament sei[16], durch die sodann erfolgende Unterschrift (subscriptio) der Testamentsurkunde durch den Testator und die Zeugen mit nachfolgender Versiegelung durch die Zeugen unter Beischrift ihres Namens (vgl. Anm. 14). In beiden Fällen darf die Handlung der Testamentserrichtung durch keinen zwischen-

---

[15] Die Zeugnisfähigkeit für das Testament (gleichfalls testamenti factio genannt) hat die testamenti factio activa, also die Vermögensfähigkeit des römischen Zivilrechts und vollkommene Geschäftsfähigkeit, zur Voraussetzung (oben S. 685). Daher sind Unfreie, Nichtbürger, Frauen, impuberes, furiosi, prodigi vom Testamentszeugnis ausgeschlossen. Aufserdem wird Wahrnehmungsfähigkeit (daher der Ausschlufs von Blinden, Tauben und Stummen) und Selbständigkeit dem Testator gegenüber gefordert; alle, welche unter väterlicher Gewalt des Testators stehen, der eingesetzte Erbe und die mit demselben durch väterliche Gewalt verbundenen Personen sind zum Testamentszeugnis unfähig.

[16] Das schriftliche Testament konnte nach römischem Recht als sogenanntes testamentum mysticum errichtet werden: die Testamentsurkunde verweist auf eine andere Urkunde, in welcher der Erbe bezw. sonst Bedachte genannt ist (l. 78 D. 28, 5). Diese andere Urkunde, die eine erst später zu errichtende Urkunde sein kann, bedurfte dann keiner Testamentsform. Auch gemeinrechtlich war das test. mysticum (selbst für den Fall des mündlichen Testaments) anerkannt. Das B.G.B. hat mit Recht das testamentum mysticum beseitigt: die Form der letztwilligen Verfügung mufs durch die Urkunde erfüllt werden, welche sie enthält.

einfallenden Vorgang gestört sein (Erfordernis der unitas actus).

2. Daneben gibt es aufserordentliche Testamentsformen. Ohne jede Form testiert nach justinianischem Recht gültig der auf dem Feldzuge befindliche Soldat (testamentum militis)[17]. Mit erleichterter Form kann testiert werden zur Zeit einer ansteckenden Krankheit: die Zeugen brauchen nicht gleichzeitig, sondern können nacheinander zum Testierakt hinzugezogen werden (testamentum pestis tempore); auf dem Lande genügt im Notfall die Zuziehung von fünf Zeugen, welche dann aber den Inhalt auch des schriftlichen Testaments erfahren müssen (testamentum ruri conditum). Mit erschwerter Form testiert der Blinde: es mufs ein achter Zeuge hinzugezogen werden, welcher den Inhalt der Testamentsurkunde den übrigen

---

[17] Nach früherem Kaiserrecht galt das Soldatentestament schlechtweg ohne Rücksicht auf die Form, sobald nur der ernstliche Wille des Testators klar war. Vgl. oben S. 120 Anm. 4. Justinian beschränkte die Formfreiheit auf die Zeit des Feldzugs. Das formlose Soldatentestament erlosch jedoch mit dem Ende der Soldatenzeit, bei ehrenvoller Entlassung ein Jahr nachher. Überdies war das Soldatentestament, ohne Rücksicht auf seine Form, in bezug auf seinen Inhalt privilegiert. Der Soldat konnte testieren wie er wollte. Er war nicht gebunden an den Satz nemo pro parte testatus usw. (vgl. oben S. 684), noch an den Satz semel heres semper heres (er konnte also einen Erben auf Zeit bezw. mit einer Resolutivbedingung ernennen), noch an die lex Falcidia (unten § 116). — Gemeinrechtlich galten alle römischen Privilegien des Soldatentestaments: doch hatte die Reichsnotariatsordnung von 1512 für die Regel Zuziehung von zwei Zeugen vorgeschrieben (Formfreiheit nur während der Schlacht). Nach heutigem Recht ist das testamentum militis nicht mehr in bezug auf seinen Inhalt, sondern nur noch in bezug auf seine Form bevorzugt (es genügt eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Urkunde bezw. Mitunterschrift zweier Zeugen oder eines Kriegsgerichtsrats oder eines Offiziers bezw. mündliche Erklärung zu Protokoll vor einem Kriegsgerichtsrat oder Offizier unter Zuziehung zweier Zeugen oder eines zweiten Kriegsgerichtsrats oder Offiziers; für Verwundete, Kranke kann statt des Kriegsgerichtsrats oder Offiziers auch ein Militärarzt, höherer Lazaretbeamter, Militärgeistlicher eintreten). Das Formprivileg gilt nur zu Kriegszeiten und während eines Belagerungszustandes. Mit Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Demobilisierung erlischt das Testament, falls es nur als Militärtestament gültig ist und der Testator noch lebt. Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874. EG. zum BGB. 44. EG. zur Mil. St. PO. § 20.

Zeugen vorliest und mit unterschreibt und siegelt (sogenanntes Blindentestament). Eine privilegierte Form ist die des öffentlichen Testaments: das Testament ist ohne jede weitere Förmlichkeit gültig errichtet, wenn die Testamentsurkunde dem Kaiser übergeben ist (testamentum principi oblatum) oder wenn der erblasserische Wille zu gerichtlichem Protokoll erklärt ist (testamentum apud acta conditum). Um seines Inhalts willen ist privilegiert das sogenannte testamentum parentis inter liberos, d. h. ein Testament, in welchem nur für die Deszendenten des Testators letztwillige Verfügungen getroffen werden: hier genügt für mündliche Errichtung die Zuziehung von zwei Zeugen, für die schriftliche Errichtung ein eigenhändiger, datierter schriftlicher Aufsatz des Testators[18].

§ 1 I. de test. ord. (2, 10): Quod per aes et libram fiebat (testamentum) licet diutius permansit, attamen, partim et hoc in usu esse desiit. § 2: Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est; jure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria. § 3: Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc jus tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.

---

[18] Eine blofse divisio parentis inter liberos liegt vor, wenn die gesetzliche Erbfolge der Abkömmlinge nicht verändert und nur eine Anordnung über die Erbteilung gegeben wird. Dazu genügt ein vom Erblasser oder von allen Abkömmlingen unterschriebener Aufsatz. Die elterliche Teilung spielt geschichtlich, auch im deutschen Recht (vgl. z. B. die heute noch praktische Gutsabtretung des Bauern), eine grofse Rolle. Darüber handelt der interessante Aufsatz von E. Rabel, Elterliche Teilung, in der Festschrift zur 49. Vers. der deutschen Philologen, Basel 1907.

§ 14 eod.: Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram iis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.

3. Der dem Testament wesentliche Inhalt ist, wie schon früher bemerkt, die Bestimmung eines Erben. Das Testament des Corpus Juris und ebenso des späteren (bis zum B.G.B. in Kraft gewesenen) gemeinen deutschen Pandektenrechts ist das letztwillige einseitige Rechtsgeschäft der Erbeseinsetzung. Andere letztwillige Verfügungen können hinzutreten, aber nur die Erbeseinsetzung ist wesentlich: ohne Erbeseinsetzung kein Testament (im Sinne des Corpus Juris und des früheren gemeinen Rechts). Vgl. S. 684. Der auf Erbeseinsetzung gerichtete Wille des Testators mufs ein kategorischer, präziser Wille sein. Darum ist nach römischem Recht die Einsetzung von incertae personae (z. B. der Armen) ungültig. Eine persona incerta ist auch die durch einen Anderen zu benennende, überhaupt die erst später sich bestimmende Person (z. B.: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto), sowie die erst später geborene Person. Nur bezüglich der postumi sui (oben S. 651) ist eine Ausnahme gemacht und, wenngleich erst allmählich, sowohl Einsetzung wie Enterbung derselben im Testament gestattet worden (unten § 113). Die Einsetzung einer juristischen Person ward ursprünglich gleichfalls als ungültige Einsetzung einer persona incerta aufgefafst (oben S. 212 Anm. 1). Dann ist aber den öffentlichen juristischen Personen im Lauf der Entwickelung testamenti factio passiva beigelegt worden (oben S. 685), und wird nach Justinianischem Recht die fromme Zwecke verfolgende Einsetzung von personae incertae (z. B. der Armen, der Kranken) als Schöpfung einer kirchlichen Anstalt (Stiftung) aufrechterhalten (oben S. 223).

Termin (dies) und Resolutivbedingung sind bei der Erbeseinsetzung ausgeschlossen, sofern durch dieselben der Bestand des erworbenen Erbrechts beschränkt werden soll[19]; wären sie dennoch in solcher Weise hinzugefügt, so werden sie gestrichen (semel heres semper heres). Dagegen ist die

[19] Vgl. Eisele in Jherings Jahrbüchern, Bd. 23, S. 132 ff.

Suspensivbedingung schlechtweg zulässig. Ein besonderer Fall der suspensiv bedingten Erbeseinsetzung ist die Substitution: die Einsetzung eines zweiten Erben für den Fall, dafs der ersteingesetzte („instituierte") Erbe nicht Erbe wird (plures gradus heredum facere)[20].

Dem favor testamenti (das Testament gehört ebenso wie Dosbestellung und Freiheit, vgl. z. B. oben S. 187, zu den sogenannten causae favorabiles), d. h. dem Grundsatz, dafs die testamentarische Verfügung nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten ist, dienen die folgenden römischen Sonderrechtssätze über Bedingungen.

Unmögliche und unsittliche Bedingungen, welche einer testamentarischen Zuwendung beigefügt sind, werden gestrichen (vgl. oben S. 247). Umgedeutet wird die condicio jurisjurandi und die aufschiebende negative Potestativbedingung. Die condicio jurisjurandi wird in eine Auflage verwandelt: der Bedachte erhält das Zugewandte unbedingt, ist aber zur Vollbringung des vom Erblasser Gewollten verpflichtet. Die negative Potestativbedingung gilt als erfüllt durch Leistung der sogenannten cautio Muciana, d. h. durch das Stipulationsversprechen der Rückgewähr des Empfangenen, falls der Bedingung zuwidergehandelt werden sollte (der Bedachte empfängt das Zugewandte dann noch bei seinen Lebzeiten)[21]. Die kaptatorische Ver-

---

[20] Über Pupillarsubstitution und Quasipupillarsubstitution vgl. unten § 113 Anm. 4. Dem B.G.B. ist nur die im Text beschriebene ordentliche Substitution (sogenannte Vulgarsubstitution) bekannt.

[21] Negative Potestativbedingung (vgl. oben S. 246) ist die Bedingung der Unterlassung einer Willkürhandlung durch den bedingt Berechtigten (z. B. ein Vermächtnis si Capitolium non ascenderit). Eine aufschiebende Bedingung dieser Art gibt dem Bedachten das ihm zugewandte Recht erst, wenn er stirbt, ohne der Bedingung zuwider gehandelt zu haben. Daher das Bedürfnis nach fiktiver Erfüllung durch Kautionsleistung. — Über das Geschichtliche Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1, S. 198. 199. Levy in der Zeitschr. d. Sav.-Stift, Bd. 24, S. 122 ff. Die cautio Muciana stammt von Qu. Mucius Scaevola (oben S. 101). Das Recht der cautio galt jedoch ursprünglich nur für Vermächtnisse und nur wenn jede Möglichkeit, dafs die Bedingung schon bei Lebzeiten des Bedachten erfüllt werde, ausgeschlossen war (also nicht z. B. im Fall der Bedingung si a liberis ejus non discessisset, denn durch den Tod der Kinder kann diese Bedingung schon vor dem Tod des Bedachten erfüllt sein). Die Erstreckung

fügung, d. h. die letztwillige Zuwendung unter der Bedingung, dafs der Bedachte seinerseits den Testator oder einen bestimmten anderen bedenke, schien den Römern gegen den Grundsatz der Freiheit des Testierwillens zu verstofsen: sie war darum nach römischem Recht nichtig. Das B.G.B. hat alle diese Sonderrechtssätze nicht mehr (das gemeinschaftliche Ehegattentestament ist in der Regel korrespektiv, d. h. kaptatorisch, vgl. § 2270). Die cautio Muciana wird ersetzt durch die Vorschrift in § 2875: die aufschiebende negative Potestativbedingung wird, falls sie auf einen Zeitraum von „unbestimmter Dauer" lautet, in eine auflösende Bedingung umgedeutet. Es gilt für letztwillige Verfügungen hinsichtlich der Bedingungen grundsätzlich das gleiche wie für Geschäfte unter Lebenden (vgl. oben S. 247). Den Begriff der causae favorabiles im Sinne der früheren Pandektenlehre haben wir nicht mehr. Auch der Satz in B.G.B. § 2084, dafs letztwillige Verfügungen im Zweifel so auszulegen sind, dafs sie Erfolg haben (die letzte Erinnerung an die frühere Lehre), gilt heute genau ebenso für alle Rechtsgeschäfte.

Ulp. tit. 24 § 15: Ante heredis institutionem legari non potest quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.

Eod. tit. 21: Heres institui recte potest his verbis: Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem esse jubeo. Illa autem institutio: heredem instituo, heredem facio, plerisque improbata est.

Eod. tit. 22 § 4: Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto: quoniam certum consilium debet esse testantis.

Eod. § 19: Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Junia.

§ 9 I. de hered. inst. (2, 14): Heres et pure et sub condicione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest. § 10: Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.

---

der cautio auf jeden Fall einer zeitlich uneingeschränkten negativen Potestativbedingung sowie auf den Fall auch der Erbeinsetzung scheint erst von Justinian durchgeführt zu sein.

Seit Beginn der Kaiserzeit erwuchs dem römischen Testament ein Nebenbuhler in der „fideikommissarischen“ Verfügung von Todes wegen, d. h. in der „Bitte“, welche der Erblasser an seinen Intestaterben oder an einen von ihm letztwillig Bedachten richtete (unten § 115 II). Die Bitte wandte sich an die „fides“, das Pflichtgefühl des Gebetenen, war aber nach Kaiserrecht (seit Augustus) verbindlich, sofern im Verwaltungswege (extra ordinem) nach Ermessen der Beschwerte zur Erfüllung der Bitte angehalten ward. Durch solche Bitte konnte weder Erbeinsetzung noch Enterbung, auch kein Legat im Sinne des Zivilrechts, überhaupt keine direkte Zuwendung aus dem Nachlafs verfügt werden, wohl aber vermochte sie eine Verpflichtung des Beschwerten zu vermächtnismäfsiger Leistung, auch zur Freilassung (fideicommissaria libertas, vgl. oben S. 188) hervorzubringen. Die vermächtnismäfsige Zuwendung durch „Fideikommifs“ konnte die Form eines Universalfideikommisses (unten § 117) annehmen, so dafs sie der Erbeseinsetzung praktisch nahe kam. Das „Fideikommifs“ gewann damit dennoch ähnliche Kräfte wie das Testament. Die Form aber solcher auf „Treue“ gestellten (fideikommissarischen) Bitte war an die Testamentsvorschriften nicht gebunden. Es genügte ein Brief („codicilli“) an den Beschwerten bezw. den Begünstigten. Das Kodizill trat als die freiere Art letztwilliger Verfügung neben das Testament. Es konnte ohne Testamentserrichtung gemacht werden (codicilli ab intestato) oder neben einem Testament (codicilli testamentarii); es konnte im letzteren Fall im Testament bestätigt (codicilli confirmati)[22] oder nicht bestätigt sein (codicilli non confirmati). Immer enthält das Kodizill als solches nur eine einzelne letztwillige Verfügung. Es können viele Kodizille nach einander gemacht werden, die nach dem

[22] Das testamentarische Kodizill konnte sich auf ein bereits errichtetes oder auch auf ein erst zu errichtendes Testament beziehen. Das testamentarische Kodizill ward in bezug auf seine Kraft als Teil des Testaments behandelt (sogenannte kodizillarrechtliche Fiktion): so konnte es auch zivilrechtliche Legate enthalten (was allerdings für das justinianische Recht bedeutungslos geworden ist, unten § 115 III), auch eine ohne obrigkeitliche Bestätigung gültige Vormundsernennung, vgl. oben S. 632; andererseits ward es ungültig mit der Ungültigkeit des Testaments.

Tode des Errichtenden neben einander in Kraft treten. Und es kann nach späterem Kaiserrecht jede letztwillige Verfügung (auch Ernennung eines Vormundes) im Kodizill getroffen werden, nur nicht Erbeinsetzung und Enterbung. Dem entspricht es, dafs Kaiser Konstantin für Intestatkodizille, dann Theodosius II. für alle Kodizille eine Form vorschrieb: die Zuziehung von Zeugen wie beim Testament. Nach justinianischem Recht gelten die Rechtssätze von der Testamentsform (auch das Kodizill kann schriftlich oder mündlich gemacht werden), es genügen jedoch fünf Zeugen. Aber das Kodizill ist anderen Wesens als das Testament: Kodizill ist die letztwillige Verfügung ohne Erbeseinsetzung, ohne Verfügung über das Erbrecht als solches, also ohne Verfügung über das Ganze des Nachlasses. Es kann Teilverfügungen treffen. Es schliefst keinen Delationsgrund (für die Erbschaft) aus, weil es selber keinen Delationsgrund bildet. Es übt keinerlei Zwang auf den Willen des Verfügenden. Trotzdem kann das Kodizill praktisch die Rolle eines Testaments spielen. Das ist der Sinn der Kodizillarklausel: der Erblasser, der ein Testament errichtet, kann erklären, dafs sein Testament als Kodizill gelten solle, falls es in seiner Eigenschaft als Testament ungültig wäre (ein Fall der sogenannten Konversion eines Rechtsgeschäfts: das nichtige Rechtsgeschäft wird, falls das der Parteiabsicht entspricht, als ein andersartiges Rechtsgeschäft aufrecht erhalten). Ist dann den Anforderungen eines Testaments nicht genügt, wohl aber der Kodizillarform, so werden die Erbeseinsetzungen des Testaments als Universalfideikommisse (im Zweifel zu Lasten der Intestaterben) gedeutet; der übrige Inhalt des Testaments bleibt unverändert als Inhalt eines Kodizills gültig. Da das Universalfideikommifs auch auf Zeit und mit einer auflösenden Bedingung gegeben werden kann, also praktisch eine freiere Form der Erbeseinsetzung darstellt als die heredis institutio des Testaments, so bedeutete das Kodizill des justinianischen Rechts tatsächlich eine zweite Testamentsform, die auch in bezug auf den Inhalt freiere Bahn hatte als das eigentliche Testament. Es war klar, dafs das Kodizill die bessere Form war, bestimmt die andere, ältere zu verdrängen.

Gemeinrechtlich ist das römische Testament und neben ihm

das Kodizill rezipiert worden. Vollendet ist die Entwickelung erst durch unser B.G.B. Das Testament des B.G.B. hat mit dem römischen Testament nichts gemein. Es bedeutet, geschichtlich angesehen, das fortgebildete, von seinen Schranken befreite Kodizill. Durch das Testament des B.G.B. kann ein Erbe eingesetzt, kann eine Enterbung verfügt werden. Dadurch ist unser Testament dem römischen Kodizill überlegen. Aber unser Testament ist nicht mehr, wie das römische, das Rechtsgeschäft der Erbeseinsetzung. Die Erbeseinsetzung ist nicht wesentlich. Es genügt für den Inhalt des Testaments irgend welche Verfügung von Todes wegen, etwa eine Enterbung oder ein Vermächtnis oder eine Vormundsernennung oder auch nur der Widerruf eines früheren Testaments usf. Das B.G.B. unterscheidet: die Verfügung von Todes wegen kann vertragsmäfsig (durch Erbvertrag) oder einseitig getroffen werden. Der Erbvertrag kann vertragsmäfsig nur bestimmen über Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen (andere im Erbvertrag getroffene Verfügungen von Todes wegen haben nur die Kraft eines Testaments), B.G.B. § 2279. Einseitig aber kann jede Verfügung von Todes wegen getroffen werden. Die einseitige Verfügung von Todes wegen (nicht mehr blofs das einseitige Rechtsgeschäft der Erbeinsetzung) ist das Testament. Weil die Verfügung einseitig ist (ohne Vertragsschlufs mit einem Gegner), ist sie letztwillig, d. h. jederzeit widerruflich (im Gegensatz zum Erbvertrag). Das Testament des B.G.B. ist die letztwillige Verfügung von Todes wegen. Der Inhalt ist im übrigen ganz frei gegeben, ebenso wie früher für das Kodizill. Es sind blofse Einzelverfügungen möglich, auch Erbeinsetzung nur für einen Teil des Nachlasses. Es können viele Testamente nacheinander gemacht werden und nebeneinander in Kraft treten. Kein Testament schliefst als solches ein anderes aus. Es gilt weder der Satz: nemo pro parte testatus decedere potest (die Unverträglichkeit verschiedener Delationsgründe ist beseitigt), noch auch der Satz: semel heres semper heres (der Erbe kann auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung eingesetzt sein). Das Testament des B.G.B. übt keinen Zwang zur einmaligen Verfügung über den ganzen Nachlafs. Unser Testament ist das zum „Testament“ entwickelte Kodizill. — Über die Formen des

Testaments bestimmt das B.G.B. in § 2231 ff. Das ordentliche Testament kann entweder als öffentliches Testament (vor einem Richter oder Notar) oder als eigenhändiges (holographes) Privattestament errichtet werden. Daneben gibt es aufserordentliche Formen für Nottestamente (§§ 2249—2252), die nur gewisse Zeit nach Beendigung der Not in Geltung bleiben (§ 2252). Ein Nottestament kraft anderweitigen, neben dem B.G.B. geltenden Reichsrechts ist das Militärtestament des heutigen Rechts (oben S. 694 Anm. 17). — Sowohl in bezug auf den Inhalt wie in bezug auf die Form bedeutet unser heutiges Testamentsrecht eine Entwickelung, die durch das römische Recht über das römische Recht hinaus gelangt ist.

§ 113.
Die Noterbfolge.

Der ursprüngliche Gedanke des Testaments ist, demjenigen, welcher des Sohnes entbehrt, einen Sohn zu schaffen (vgl. oben S. 686), welcher „das Göttliche und Menschliche für den Erblasser erfülle“ [1], d. h. die Schulden zahle und die Totenopfer darbringe. So ergibt sich von selber, dafs beim Vorhandensein von Söhnen die Errichtung eines Testaments ausgeschlossen ist. Diesen Rechtszustand zeigt uns das altattische Recht: wer eheliche Söhne hatte, konnte kein Testament machen. Späterhin ward ihm dann gestattet, ein Testament zu machen für den Fall, dafs seine Söhne ihn nicht überlebten oder doch nach seinem Tode vor Erreichung der Mündigkeit verstürben [2]. Es ist höchst wahrscheinlich, dafs das altrömische Recht eine ganz ähnliche Entwickelung durchgemacht hat: wer einen filius suus hatte, konnte ursprünglich überall keinen anderen Erben haben; wer eine Tochter oder einen Enkel in unmittelbarer väterlicher Gewalt hatte, konnte nur neben denselben einen anderen Testamentserben berufen, woraus dann das diesen sui zuständige jus accrescendi (unten S. 705) hervorgegangen ist [3]. Das alt-

---

[1] Vgl. das Recht von Gortyn auf Kreta (um 400 v. Chr.) X. 42. 43. F. Bücheler und E. Zitelmann, Das Recht von Gortyn (1885), S. 134.

[2] Schulin a. a. O. S. 15.

[3] Für diese Annahme vgl. jetzt Schirmer in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 2, S. 170 ff.; Salkowski ebenda Bd. 3, S. 201. 202.

römische Komitialtestament bedeutete den Mangel der Testierfreiheit (oben S. 686). Der suus heres konnte nur durch Volksbeschlufs von der Erbschaft ausgeschlossen werden. Gerade darum war sein Erbrecht ein „unbestreitbares“ (oben S. 663 ff.). Doch in Rom wie in Athen hat trotzdem die Möglichkeit der Testamentserrichtung auch beim Vorhandensein von sui sich durchgesetzt, und zwar in Rom durch das Mittel des Manzipationstestaments unter vollkommener Durchführung des Grundsatzes der Testierfreiheit, so dafs das ursprüngliche materielle Recht der sui nur noch in gewissen Formerfordernissen des Testaments sichtbar blieb, — wahrscheinlich auch hier nicht infolge plötzlicher Änderung, sondern unter Einhaltung von Zwischenstufen[4], aber doch so, dafs zum Schlufs, indem die Idee des unmittelbaren Besitzerwerbes der sui an der Erbschaft verblafste, die väterliche Gewalt mit ihrem Vollverfügungsrecht über Vermögen und Hausangehörige zum Siege über die praktischen Wirkungen des uralten Familieneigentums geführt wurde. Damit waren die Voraussetzungen für die Gestaltung des Noterbrechts gegeben,

[4] Das Vorhandensein solcher Zwischenstufen wird namentlich durch die in Rom wie in Athen ausgebildete sogenannte Pupillarsubstitution angedeutet. Pupillarsubstitution (im Gegensatz zu der einfachen Substitution, der sogenannten Vulgarsubstitution, oben S. 697) ist das Testament, welches der Testator zugleich für den in seiner Gewalt befindlichen impubes macht für den Fall, dafs dieser intra pubertatem decesserit. In ihrer ursprünglichen Gestalt bedeutete (wie noch aus einer Reihe von Rechtssätzen geschlossen werden kann) die Pupillarsubstitution ein Testament, welches der Vater für sich selber macht, für den Fall, dafs sein suus zwar nach ihm, aber vor erreichter Mündigkeit verstirbt. Der Vater kann also auch bei Vorhandensein eines filius suus ein Testament machen, aber nur für den Fall, dafs der suus entweder vor ihm, oder doch ante pubertatem sterbe, ganz wie nach attischem Recht. — Justinian hat der Pupillarsubstitution noch die sogenannte Quasipupillarsubstitution hinzugefügt: wie der Vater kraft patria potestas für seinen impubes (auf den Fall, dafs dieser nach ihm intra pubertatem stirbt), so kann der Aszendent (auch ohne patria potestas) für seinen wahnsinnigen Deszendenten ein Testament machen (ihm also Erben ernennen) für den Fall, dafs dieser nach ihm im Wahnsinn verstirbt. Gemeinrechtlich hat beides gegolten. Das B.G.B. kennt weder das eine noch das andere. In der Testamentserrichtung gibt es keine Vertretung mehr, auch nicht durch den gesetzlichen Vertreter (B.G.B. § 2064).

welche uns in den überlieferten Zeugnissen des jüngeren römischen Rechts entgegentritt.

Das Noterbrecht des uns geschichtlich bezeugten römischen Rechts ist entweder formelles Noterbrecht, d. h. es gehört zur Form des Testaments, daſs der Testator den Noterben entweder einsetze oder enterbe: der Testator muſs des Noterben in seinem Testament gedenken. Oder das Noterbrecht ist materielles Noterbrecht, d. h. es gehört zum Inhalt des Testaments, daſs der Testator dem Noterben einen bestimmten Teil des Nachlasses (den sogenannten Pflichtteil) zuwende. ihn also bedenke.

Die römische Rechtsentwickelung ist, nach Überwindung der ältesten Stufe, vom lediglich formellen Noterbrecht ausgegangen, um dann ein auch materiell wirkendes Noterbrecht zu erzeugen und endlich (durch Justinian) zu der Verschmelzung von formellem und materiellem Noterbrecht überzugehen.

I. Nach zivilem Recht haben nur die sui heredes ein Noterbrecht, und zwar ein lediglich formelles Noterbrecht: zur formalen Gültigkeit des Testaments gehört es, daſs sie entweder eingesetzt oder enterbt seien. Will der Testator über seinen Nachlaſs zugunsten anderer Personen verfügen, so muſs er erst die Mitherren seines Vermögens entsetzen (exheredes facere), um sich freies Eigentum zu freier Verfügung für andere zu verschaffen. Die Notwendigkeit der exheredatio ist die Nachwirkung, ja in gewissem Sinn eine Anerkennung des Eigentums der familia (der Deszendentenfamilie) an dem Vermögen[5]. Erst durch vollzogene exheredatio wird das Familieneigentum in vollfreies Privateigentum seines Inhabers verwandelt. Und zwar muſs der filius suus mit sonderlicher Erwähnung (nominatim) exherediert sein; für die Töchter und Enkelkinder genügt es, wenn in dem Testament sich die Klausel findet, welche der vorsichtige Römer jeder Erbeseinsetzung beizufügen pflegte: ceteri exheredes sunto (sogenannte exheredatio inter ceteros).

---

[5] „Die im Testament enthaltene Exheredation schlieſst gleich jeder Expropriation als rechtsförmliche Aufhebung eines Privatrechts zugleich eine Anerkennung seiner Existenz in sich.“ Hölder in der Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 3, S. 219.

Ist diesem formellen Noterbrecht nicht genug geschehen, also ein suus „präteriert“ (weder instituiert noch exherediert) worden, so war die Wirkung verschieden. War ein filius suus präteriert, so war das Testament wegen Formfehlers ungültig und trat ipso jure Erbfolge aus einem früheren Testament bezw. Intestaterbfolge ein. Waren andere sui präteriert (Töchter oder Enkelkinder), so blieb das Testament gültig; die präterierten sui traten aber zu den Testamentserben hinzu (scriptis heredibus adcrescunt): neben eingesetzten extranei erben sie zusammen die Hälfte, neben eingesetzten sui jeder einen Kopfteil.

Es genügt auch nicht, dafs der suus unter einer Bedingung exherediert oder instituiert ist (es sei denn, dafs die Erfüllung der Bedingung von der freien Willkür des bedingt Instituierten abhängt, also eine Potestativbedingung vorliegt); er mufs für den Fall, dafs die Bedingung ausfällt, gleichfalls instituiert oder exherediert sein. Hat der Testator durch Institution oder Substitution mehrere „Grade“ der Erbeseinsetzung gemacht (oben S. 697), so mufs der nicht instituierte suus ab omnibus gradibus exherediert werden, d. h. es mufs sowohl dem institutus wie dem substitutus gegenüber die Exheredation ausgesprochen sein, wozu z. B. die Exheredation im Beginn des Testaments (ante heredis institutionem) genügend ist.

Schwierigkeiten machten ursprünglich die postumi sui (oben S. 651), weil sie als personae incertae (S. 696) weder instituiert noch exherediert werden konnten. Die testamenti factio passiva der postumi ward jedoch für die nach dem Tode Geborenen durch Herkommen festgestellt (sogenannte postumi legitimi), für die noch bei Lebzeiten des Testators, aber nach Errichtung des Testaments Geborenen durch die lex Junia Velleja (sogenannte postumi Vellejani), nachdem schon vorher Aquilius Gallus (vgl. oben S. 103 Anm. 8) eine Formel erfunden hatte, durch welche es möglich war, den nach dem Tode des Testators geborenen, aber zur Zeit des Todes schon als nasciturus vorhandenen Enkel vom Sohne rite zu instituieren, der dadurch zum postumus suus wurde, dafs sein Vater (der Sohn des Testators) erst nach der Testamentserrichtung, aber doch noch vor dem Testator gestorben war (sogenannte postumi Aquiliani). So konnten auch postumi rite instituiert und (in der Regel

wenigstens) auch exherediert werden. Für den postumus filius ist, falls der Testator Enterbung beabsichtigt, „namentliche", also ausdrückliche Enterbung notwendig; für die übrigen postumi (Töchter und Enkel) genügt, falls sie enterbt werden sollen, die Exheredation inter ceteros, also die stillschweigende Enterbung ohne ausdrückliche Hervorhebung dieser postumi: es genügt die allgemeine Klausel im Testament ceteri exheredes sunto, jedoch nur unter der Voraussetzung, dafs sich im Testament ein Legat für solche postumi findet, so dafs klar ist, dafs der Testator bei der Klausel auch dieser postumi gedacht hatte. Für vorsichtiger galt es daher, auch diese übrigen postumi unter ausdrücklicher Hervorhebung derselben (nominatim) zu exheredieren.

Die Präterition eines postumus suus zog immer die Ungültigkeit des ganzen Testaments (sogenannte ruptio testamenti) und Eröffnung der Intestaterbfolge nach sich, ohne Unterschied ob der postumus suus ein Sohn, eine Tochter oder ein Enkel war.

II. Nach prätorischem Recht haben ein formelles Noterbrecht nicht blofs die sui, sondern alle liberi (oben S. 672), und zwar so, dafs alle männlichen liberi (Söhne und Enkelsöhne) nominatim zu exheredieren sind und nur für die weiblichen liberi die exheredatio inter ceteros genügt. Die Wirkung der Präterition ist nach prätorischem Recht die bonorum possessio contra tabulas (juris civilis corrigendi gratia), also niemals Nichtigkeit des Testaments, sondern immer nur ein Rechtsmittel, durch welches derjenige Präterierte, welcher die b. p. contra tabulas beim Prätor erlangt hat, das ihm contra tabulas zuerteilte prätorische Erbrecht auf den Betrag seines Intestaterbteils mit den Rechtsmitteln eines bonorum possessor (interdictum quorum bonorum, hereditatis petitio possessoria) gegen die Testamentserben geltend macht. Es werden also die testamentarischen Erbeseinsetzungen, sowie die auf denselben ruhenden Vermächtnisse und Freilassungen aufgehoben. Dagegen bleiben die Vormundschaftsernennungen, die Pupillarsubstitutionen (vgl. S. 703 Anm. 4) und insbesondere die Exheredationen des Testaments in Kraft. Der exheredierte Noterbberechtigte ist und bleibt daher von der b. p.

contra tabulas ausgeschlossen. Wohl aber kann der institutierte Noterbberechtigte, wenn ein präterierter Noterbe b. p. contra tabulas empfangen hat (commisso per alium edicto), auch seinerseits, wenn das für ihn vorteilhafter ist, b. p. contra tabulas auf seinen Intestaterbteil erbitten. Wird die Erbittung der b. p. contra tabulas binnen der gesetzten Frist (annus utilis) versäumt, so bleibt das Testament vollgültig. Andererseits hatten die weiblichen liberi sowie die Enkelkinder den Vorzug, dafs sie nach prätorischem Recht nicht blofs den Testamentserben „akkreszierten" (oben S. 705), sondern mit b. p. contra tabulas ihren vollen Intestaterbteil bekamen. In dieser Hinsicht ist das prätorische Recht korrigiert worden, indem Mark Aurel verordnete, dafs weibliche liberi durch b. p. contra tabulas nur den ihnen kraft zivilen Akkreszenzrechts zufallenden Teil erlangen sollten.

III. Das materielle Noterbrecht (Pflichtteilsrecht) ist gleichfalls zivilrechtlichen Ursprungs. Ein Testament, in welchem jemand seine nächsten Angehörigen übergeht, um sein Vermögen Fremden zuzuwenden, ist ein liebloses, „pflichtwidriges" Testament (testamentum inofficiosum). Die übergangenen Angehörigen haben das Recht, ein solches Testament als von einem Wahnsinnigen errichtet anzufechten und umzuwerfen (querela inofficiosi testamenti)[6].

Als Pflichtteilsberechtigte galten Deszendenten, Aszendenten und die vollbürtigen Geschwister, sowie die consanguinei (welche von demselben Vater abstammen), nicht die uterini; Geschwister jedoch nur unter der Bedingung, dafs ihnen eine persona turpis (oben S. 208) im Testament vorgezogen war. Voraussetzung ist, dafs der Pflichtteilsberechtigte im Einzelfall intestaterbberechtigt ist. Das Pflichtteilsrecht galt als verletzt, wenn dem Pflichtteilsberechtigten nicht wenigstens ein Viertel dessen

[6] Die Fiktion des Wahnsinns (color insaniae) geht wahrscheinlich auf Einflufs griechischen Rechts zurück. Im altattischen Recht finden wir genau dieselbe Form für die Anfechtung eines lieblosen Testaments wie in Rom: der Testator ward von seinen Verwandten der μανία angeklagt; vgl. Schulin a. a. O. S. 16, wo zugleich wahrscheinlich gemacht ist, dafs die g iechische Praxis in Anerkennung des Pflichtteilsrechts weiter ging als die des römischen Zentumviralgerichts.

zugewandt war, was ihm ab intestato zugekommen wäre. Doch konnte nicht verlangt werden, dafs dies Viertel gerade durch Erbeseinsetzung zugewandt werde. Das Pflichtteilsrecht galt als befriedigt, wenn der Testator dem Berechtigten in irgend welcher Form, sei es durch Erbeseinsetzung, sei es durch Vermächtnis oder sonst, sein Viertel im Testament gegeben hat. Doch mufs das Viertel ohne Belastung (ohne auferlegtes Vermächtnis, ohne Bedingung, ohne dies, ohne Auflage) gegeben sein. Eine beschwerende Bestimmung machte die Zuwendung unwirksam; nach Justinianischem Recht wird die Beschwerung gestrichen.

War dem Pflichtsteilsberechtigten nichts oder nicht genug zugewandt worden, so hatte er die querela inofficiosi testamenti gegen die eingesetzten Testamentserben, um seinen vollen Intestaterbteil zn erlangen. Soweit ward das Testament reszindiert; im übrigen blieb es gültig. Erschöpften jedoch die Intestaterbteile der Querulanten die ganze Erbschaft, so ward das ganze Testament ungültig mit allen seinen Bestimmungen (Vermächtnissen usw.).

Hatte der Testator einen Grund, den Pflichtteilsberechtigten auszuschliefsen, so ward die querela inofficiosi testamenti abgewiesen. Es hatte sich herausgestellt, dafs der Testator vernünftig gehandelt hatte. Über die Erheblichkeit der Gründe entschied freies richterliches Ermessen. Gesetzlich bestimmte Enterbungsgründe gab es nicht.

Weil die querela inofficiosi testamenti ein Angriff auf die Person des Testators ist, so verjährt sie, wie jede Klage de statu defuncti, in fünf Jahren nach dem Tode des Erblassers. Überdies ist sie als eine auf persönliche Genugtuung gerichtete actio vindictam spirans bis zur litis contestatio auf seiten des Klägers unvererblich, vgl. S. 545. Vor allem: sie ist nur zuständig, wenn dem Pflichtteilsberechtigten kein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht. Kann der Pflichtteilsberechtigte seinen Zweck auf Grund des formellen Noterbrechts durch bonorum possessio contra tabulas erreichen, so ist die querela ausgeschlossen.

Nach Vorbild der querela inofficiosi testamenti ist sodann auch eine querela inofficiosae donationis und eine

querela inofficiosae dotis ausgebildet worden für den Fall, dafs das Pflichtteilsrecht durch Schenkung oder Dosbestellung verletzt war (infolge der Schenkung bezw. Dosbestellung kommt dem Pflichtteilsberechtigten aus dem Nachlafs, unter Zurechnung der ihm selbst gemachten unentgeltlichen Zuwendungen, weniger zu, als sein Pflichtteil nach Mafsgabe des Vermögensstandes vor der Schenkung bezw. Dosbestellung betragen haben würde). Durch solche Querel wird die Schenkung bezw. die Dosbestellung reszindiert und Empfänger zur Rückgabe genötigt, soweit es zur Erfüllung des Pflichtteils notwendig ist. Auch diese Rechtsmittel sind nur subsidiär zuständig und unterliegen überhaupt den gleichen Beschränkungen wie die querela inofficiosi testamenti.

IV. Justinian hat auf dem Gebiet des Noterbrechts eine Reihe von Reformen eintreten lassen. Zunächst bestimmte er, dafs in dem Fall, wo einem Pflichtteilsberechtigten etwas, aber nicht genug im Testament zugedacht war, die querela inofficiosi testamenti auf den vollen Intestaterbteil ausgeschlossen und nur eine actio ad supplendam legitimam, d. h. nur eine Klage auf Vollzahlung des am Pflichtteil Fehlenden gegen die Testamentserben gerichtet werden könne. Dann ward von ihm (durch Nov. 18) der Pflichtteil erhöht, nämlich auf ein Drittel der Intestatportion, wenn der Intestaterbteil mindestens ein Viertel der Erbschaft ausmacht; auf die Hälfte des Intestaterbteils, wenn derselbe weniger als ein Viertel der Erbschaft beträgt.

Die wichtigste Reform aber vollzog er durch die Novelle 115.

Durch Novelle 115 ward für Deszendenten und Aszendenten eine Verschmelzung des materiellen und formellen Noterbrechts herbeigeführt. Aszendenten sollen ihre intestaterbberechtigten Deszendenten und Deszendenten ihre intestaterbberechtigten Aszendenten zu Erben einsetzen[7]. Eine Enterbung ist nur aus bestimmten Gründen, welche

[7] Auch jetzt ist für die Gültigkeit des Testaments nicht nötig, dafs gerade der Pflichtteil durch Erbeseinsetzung zugewandt werde. Geht die Erbeseinsetzung auf weniger als den Pflichtteil, so tritt die actio ad supplendam legitimam ein (s. im Text).

Justinian in der Novelle gesetzlich festgestellt hat, zulässig, z. B. wegen Lebensnachstellung u. dgl. Der Enterbungsgrund mufs im Testament angegeben werden.

Ist diesen Vorschriften nicht genug geschehen, so wird, falls der Berechtigte im Testament zum Erben eingesetzt, aber ihm nicht genug zugewandt war, ihm nur die actio ad supplendam legitimam gegeben, welche also ausgeschlossen ist, falls der Testator ihm neben der Erbeseinsetzung den Rest des Pflichtteils durch Vermächtnis oder anderweitig letztwillig zugewandt hatte; Beschwerungen des Pflichtteils (z. B. durch eine Bedingung oder ein auferlegtes Vermächtnis) werden gestrichen[8]. Ist aber der Berechtigte überall nicht zum Erben eingesetzt worden (ohne dafs ein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben ist) so wird ihm eine modifizierte querela inofficiosi testamenti gegeben, welche die Erbeseinsetzungen bis auf den Betrag seines vollen Intestaterbteils reszindiert, die übrigen Bestimmungen des Testaments aber, z. B. Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubstitutionen, auch die Vermächtnisse (soweit sie nicht den Pflichtteil verringern) bei Bestand läfst. So nach der sogenannten Inoffiziositätstheorie. die in der gemeinrechtlichen Lehre mit Recht zum Siege gelangt ist[9].

---

[8] Die sogenannte cautela Socini (benannt nach Socinus, einem italienischen Juristen des 16. Jahrhunderts) ermöglicht dem Erblasser, den Pflichtteil dennoch zu beschweren: er wendet dem Pflichtteilsberechtigten mehr als den Pflichtteil zu, das ganze mit einer Beschwerung und mit der Bestimmung, dafs der Bedachte auf den gesetzlichen Pflichtteil beschränkt sein soll, falls er die Beschwerung der ganzen Zuwendung ablehnt. Die cautela Socini ist in das B.G.B. § 2306 aufgenommen: sie gilt heute bei beschwerter Erbeinsetzung auf mehr als den Pflichtteil auch ohne besondere Bestimmung des Erblassers.

[9] Der Inoffiziositätstheorie stand die sogenannte Nullitätstheorie gegenüber. Sie erklärte die Erbeseinsetzungen bei Verstofs gegen Nov. 115 für nichtig und gab gegen das Testament nicht die querela inofficiosi testamenti, sondern ipso jure die hereditatis petitio. Einige lehrten absolute Nullität: dann kam die hereditatis petitio dem Intestaterben als solchem zu (was von praktischer Bedeutung war, falls etwa der Pflichtteilsberechtigte vor dem Erblasser verstarb). Andere nahmen blofs relative Nullität an: nur der pflichtteilsberechtigte Noterbe hat die hereditatis petitio (nur ihm gegenüber ist das Testament nichtig). Noch

Für die Geschwister ist das bisherige bloſse Pflichtteilsrecht (also ohne Recht auf Zuwendung in der Form der Erbeseinsetzung) unverändert gelassen: gegen die im Testament eingesetzten personae turpes klagen sie mit querela inofficiosi testamenti auf ihren Intestaterbteil, falls ihnen nichts zugewandt war; mit actio ad supplendam legitimam auf Vollzahlung nur des am Pflichtteil Fehlenden, falls durch das ihnen Zugewandte der Pflichtteil nicht erreicht ist.

Wie die querela inofficiosi testamenti der Geschwister, so ist auch die querela inofficiosae donationis bezw. dotis (oben S. 708) durch die Nov. 115 nicht berührt worden.

Nov. 115 c. 3: Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium, vel filiam vel ceteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum, eis dederit legibus debitam portionem; nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, ... ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionibus serie continentur. —

c. 4 pr.: Sancimus itaque, non licere liberis, parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. —

§ 8 eod.: Si autem haec omnia non fuerint observata, nullam

---

willkürlicher ist die sogenannte gemischte Theorie: querela inoff. test. wenn ein unrichtiger Enterbungsgrund, Nullität wenn gar kein Enterbungsgrund angegeben ist. Dem Sinn der Nov. 115 entspricht am besten die Inoffiziositätstheorie, die deshalb auch von der jüngeren gemeinrechtlichen Lehre (so Windscheid, Dernburg) allgemein angenommen worden ist: auch die Erbeseinsetzungen sind gültig, aber anfechtbar (mit Vernichtungswirkung, vgl. oben S. 236), „reszissibel“ durch die Querel des pflichtteilsberechtigten Noterben. Heute sind alle diese (schon aus der Zeit der Glossatoren stammenden) Streitfragen zum Glück durch das B.G.B. bedeutungslos geworden.

vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum. habere sancimus: sed, rescisso testamento, eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus: legatis videlicet, vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis . . . suam obtinentibus firmitatem.

Anhang. Gemeinrechtlich ward das römische Noterbrecht in der Gestalt, die es durch die Nov. 115 empfangen hatte, in Deutschland rezipiert. Aber das römische Noterbrecht war viel zu verwickelt, zumal durch die Streitfragen (vgl. Anm. 9), die sich schon seit der Glossatorenzeit an die äufserst unpräzis gefafste Nov. 115 knüpften, als dafs es dem praktischen Bedürfnis auf die Dauer hätte genügen können. So ist denn auch das B.G.B., im Anschlufs an das preufsische Landrecht, zu *einem* ganz anderen System übergegangen.

Heute gibt es überall kein Noterbrecht im römischem Sinne *mehr*: kein Recht auf Erbeseinsetzung oder Enterbung, auch keine Noterbfolge, d. h. keine Erbfolge, die in Widerspruch mit dem Willen des Erblassers einträte. Die Erbeseinsetzungen und ebenso die Enterbungen, die der Erblasser durch Testament bezw. im Erbvertrag bestimmt hat, sind und bleiben vollgültig. Es gibt heute nur noch ein Pflichtteilsrecht, d. h. ein Recht auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Pflichtteilsberechtigt sind die Abkömmlinge, die Eltern und der Ehegatte des Erblassers (nicht mehr die Geschwister), vorausgesetzt, dafs sie im vorliegenden Falle gesetzliche Erben sind. Unbeschwerte Erbeseinsetzung befriedigt das Pflichteilsrecht schlechtweg, soweit sie reicht (also nur teilweise wenn sie auf weniger als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils lautet), auch wenn der Pflichtteilsberechtigte ausschlägt. Gültig beschwerte Erbeseinsetzung[10] und Vermächtnis befriedigen das Pflichtteilsrecht nur, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Zuwendung annimmt (das angenommene Vermächtnis befriedigt soweit es reicht, § 2307). Soweit das Pflichtteilsrecht unbefriedigt ist, erwächst dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteilsanspruch, d. h. ein Forderungsrecht gegen den bezw. die Erben (unter Umständen gegen die Miterben) auf Auszahlung des Pflichtteils, d. h. auf Zahlung einer Geldsumme, die dem Pflichteilsberechtigten die Hälfte des Geldwertes seines gesetzlichen Erbteils verschafft (unter Anrechnung des pflichtteilsmäfsig Zugewandten). Den Pflichtteilsanspruch ergänzt ein Anspruch gegen den vom Erblasser Beschenkten, welcher der römischen querela inofficiosae donationis nachgebildet ist (§§ 2325—2327). So bleibt die Erbfolge als solche unberührt: sie kann gewillkürte Erbfolge (aus Testament oder Erbvertrag), sie kann auch Intestaterbfolge sein (falls etwa Erblasser sich darauf beschränkt hat, den Pflichtteilsberechtigten von der gesetzlichen

[10] Gültig beschwert ist nur die Erbeseinsetzung auf mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils; Beschwerung einer Erbeseinsetzung auf weniger als die Hälfte oder gerade nur auf die Hälfte ist nichtig (§ 2306).

Erbfolge auszuschliefsen: es erben die nächstfolgenden Intestaterben). Der in seinem Pflichtteilsrecht nicht Befriedigte ist heute nicht Noterbe, sondern lediglich Nachlafsgläubiger. Der Pflichtteilsanspruch entsteht mit dem Erbfalle (im Augenblick des Todes des Erblassers); er ist vererblich und veräufserlich wie jedes andere Forderungsrecht (§ 2317). Er verjährt in drei Jahren nach erlangter Kenntnis (§ 2332). Aus bestimmten Gründen kann der Erblasser das Pflichtteilsrecht entziehen: der Grund der Entziehung mufs bestehen und in der Verfügung angegeben werden (§§ 2333—2337). Auch ohne solchen Grund kann der Erblasser das Pflichtteilsrecht eines Abkömmlings beschränken (durch Verfügung zugunsten der gesetzlichen Erben des Abkömmlings), wenn Überschuldung oder Verschwendungssucht des Abkömmlings seinen späteren Erwerb erheblich gefährden: sogenannte exheredatio bona mente (§ 2338)[11].

Anhang 2. Die nach römischem Recht möglichen Arten der Ungültigkeit des Testaments ergeben sich aus der voraufgehenden Darstellung. 1. Testamentum nullum: das Testament ist von vornherein nichtig, z. B. infolge mangelnder Testierfähigkeit oder eines Formfehlers oder der Präterition eines schon vorhandenen filius suus (oben S. 705); das nichtige Testament übt keinerlei Wirkung, auch nicht als Aufhebungsgrund für ein früheres Testament. 2. Testamentum ruptum ist das gültig errichtete, aber nachträglich aufgehobene Testament: z. B. durch agnatio postumi (S. 706), oder durch Errichtung eines neuen Testaments (S. 684) oder dadurch, dafs Erblasser die Testamentsurkunde mit Aufhebungswillen zerstört; die blofse Widerrufserklärung ist nach klassischem Recht unwirksam; erst Justinian (l. 27 C. 6, 23) hat sie zugelassen, wenn 10 Jahre nach der Testamentserrichtung vergangen sind durch Erklärung vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll (nach B.G.B. § 2254 kann die blofse Widerrufserklärung, die lediglich das frühere Testament aufhebt, ohne neue Bestimmungen zu treffen, in Testamentsform jederzeit wirksam abgegeben werden); das Testamentum ruptum bleibt in Kraft als Aufhebungsgrund für ein zuvor errichtetes Testament. 3. Testamentum irritum ist das durch capitis deminutio des Testators gegenstandslos gewordene Testament: der capite minutus ist jetzt Sklav bezw. Peregrine, oder er ist homo alieni juris geworden (z. B. durch Arrogation) und kann infolgedessen, von dem Fall der fictio legis Corneliae (S. 202) abgesehen, eine nach römischem Recht zu vererbende Erbschaft (vgl. S. 195. 618) nicht mehr hinterlassen (diese

[11] Die exheredatio bona mente, d. h. Enterbung oder blofs bedingte Erbeinsetzung des Noterben im Interesse des Noterben selber war schon nach römischem Recht von den Sätzen des Noterbrechts ausgenommen. Beispiel: der Erbe ist noch impubes oder in der potestas eines unzuverlässigen Vaters bezw. Grofsvaters: ein anderer wird zum Erben ernannt, mit der Auflage (Universalfideikommiss), erst nach Beendigung dieses Zustandes die Erbschaft dem Noterben herauszugeben, l. 12 § 2 D. 38, 2; l. 16 D. 37, 4. Die exheredatio bona mente ward durch Nov. 115 nicht berührt.

Art der Ungültigkeit ist dem heutigen Recht natürlich unbekannt). 4. Testamentum destitutum ist das unwirksame Testament: niemand ist aus demselben Erbe geworden, weil alle eingesetzten Erben entweder vorverstorben sind oder ausgeschlagen haben. Mit der Erbeseinsetzung wird auch der gesamte übrige Inhalt des Testaments unwirksam, insbesondere also die Vermächtnisse. Doch gab der Prätor causa cognita den Vermächtnisnehmern eine Klage, wenn der Eingesetzte ausschlug, um die Erbschaft als Intestaterbe (omissa causa testamenti) frei von Vermächtnissen zu haben und so den Willen des Erblassers zu vereiteln (l. 1 D. 29, 4). Nach Kaiserrecht kann die Kodizillarklausel (S. 700) aushelfen. 5. Einen Fall des anfechtbaren Testaments bedeutet im römischen Recht die querela inofficiosi testamenti (S. 708). Nach dem B.G.B. kann die Verfügung von Todes wegen insbesondere wegen Irrtums, auch wegen Irrtums im Beweggrund, angefochten werden (B.G.B. §§ 2078 ff. 2281 ff.).

§ 114.
Rechtliche Stellung des Erben.

Für die rechtliche Stellung des Erben ist mafsgebend der Zeitpunkt, der Gegenstand, das Wesen des Erwerbes der Erbschaft.

I. Der Zeitpunkt des Erwerbes der Erbschaft bestimmt sich nach römischem Recht durch folgende Sätze: 1. Die Berufung des Erben (die Delation) geschieht ex nunc, d. h. in dem Augenblick, in welchem dem Berufenen die Erbfolge sich eröffnet. Der nachberufene Erbe, dem die Berufung erst nach Wegfall eines Vorberufenen zuteil wird (z. B. bei Intestaterbfolge vermöge der successio ordinum et graduum, oben S. 679), wird also später berufen als der Vorberufene. Der römische Rechtssatz, dafs der Erbschaftserwerb auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückwirkt (S. 655), schliefst keine Zurückdatierung der Berufung in sich. Nur der Erstberufene ist berufen im Augenblick des Erbfalls (d. h. des Todesfalls). 2. Der Berufene mufs folgeweise den Augenblick der Berufung (den Berufungsfall) erleben. Es genügt nicht, dafs der Nachberufene den Erbfall erlebt hat. Ist er vor dem Berufungsfall gestorben, so kann die Erbschaft weder ihm noch seinen Erben erworben werden. Die Nachberufung geschieht nach Mafsgabe der jetzt (im Augenblick des Berufungsfalls) vorliegenden Verhältnisse (also z. B. bei Intestaterbfolge zugunsten der jetzt nächstfolgenden Verwandten), nicht nach Mafsgabe der Verhältnisse zur Zeit des Erbfalls. 3. Die Berufung allein bewirkt den Erwerb der

Erbschaft nur für die heredes necessarii. Der heres voluntarius mufs noch erst die Erbschaft antreten (oben S. 653). Für den Erbschaftsantritt aber gilt die Regel, dafs nur der Berufene selber antreten kann[1], nicht auch sein Erbe. Stirbt der berufene heres necessarius etwa bevor er die Berufung erfahren, so vererbt („transmittiert") er die von ihm bereits ipso jure erworbene Erbschaft (mit der Möglichkeit des abstinere, vgl. oben S. 650) auf seine Erben (sogenannte transmissio ex capite suitatis). Stirbt aber der berufene heres voluntarius bevor er den Erbschaftsantritt vollzogen hat, so überträgt er die Berufung (die Möglichkeit des Erwerbes) nicht auf seine Erben. Es gibt nach klassischem römischem Recht grundsätzlich nur eine Vererbung der (erworbenen) Erbschaft, nicht auch eine Vererbung der Berufung.

Durch diese Sätze erläutert sich das Recht des Corpus Juris einerseits von der Transmission, andererseits von der Substitution.

a. Transmission im engeren Sinn ist die Vererbung (bezw. vererbungsähnliche Übertragung) der Berufung. Das klassische Recht lehnt solche Transmission ab: nur wenn der Grund, infolgedessen der Berufene die Erbschaftsantretung versäumte, ein Restitutionsgrund (z. B. absentia, vgl. oben S. 343) war, kann seinen Erben durch in integrum restitutio die Möglichkeit der Erbschaftsantretung eröffnet werden (vgl. z. B. l. 30 pr. D. 29, 2), sogenannte transmissio ex capite in integrum restitutionis[2]. Das spätere Kaiserrecht aber hat die Transmission begünstigt. Theodos II. bestimmte i. J. 450 die Deszendententransmission (sogenannte transmissio Theodosiana): testamentarisch berufene Deszendenten, die ohne Er-

[1] Eine aus älteren Rechtsanschauungen hervorgegangene Ausnahme bedeutet die noch nach klassischem Recht mögliche (für das justinianische Recht verschwundene) in jure cessio der zivilrechtlich deferierten Intestatberufung (legitima hereditas) ante aditam hereditatem, oben S. 653 Anm. 3.

[2] Unter einen ganz anderen Gesichtspunkt fällt, dafs der Vater, dessen Hauskind eine Erbschaft abgelehnt hat, die Erbschaft für sich erwerben kann (vgl. z. B. l. 13 § 3 D. 29, 2). Das hat nichts mit Vererbung, Transmission zu tun, sondern ist eine Wirkung des Rechtssatzes, dafs wie aller Erwerb des Hauskindes (oben S. 200) so auch die Delation sofort durch das Hauskind dem Vater zuteil geworden ist (das Hauskind hat normaler Weise mit Zustimmung des Vaters anzutreten, l. 6 eod.). Vgl. Anm. 3.

klärung über die Berufung versterben, transmittieren die Berufung, also die Möglichkeit des Erwerbs auf ihre deszendentischen Erben[3]. Justinian hat dann (in l. 19 C. 6, 30) allgemein die Transmission der Berufung für den Fall eingeführt, dafs der Berufene innerhalb der Deliberationsfrist (oben S. 654) bezw. innerhalb eines Jahres verstorben ist, ohne sich über die Berufung erklärt zu haben (alles einzelne ist infolge der ungenauen Fassung des Gesetzes streitig): die Berufung geht auf die Erben des Berufenen über (sogenannte transmissio Justiniana). Noch Justinian wiederholt den alten Grundsatz, dafs Transmission der Berufung ausgeschlossen sei[4]. Trotzdem hat im justinianischen Recht die Transmission den Sieg davongetragen. Sie entspricht dem natürlichen Rechtsgefühl. Aber die Rechtssätze von der Transmission der Berufung ändern den römischen Grundsatz nicht, dafs der Berufene den Berufungsfall erlebt haben mufs: nur wer selber berufen war, kann transmittieren.

b. Substitution ist nach römischem Recht eine aufschiebend bedingte Erbeseinsetzung (oben S. 697). Dem substitutus wird erst deferiert, nachdem der institutus ausgeschlagen hat (bezw. ohne Transmission weggefallen ist). Die Berufung des substitutus ist, wie in allen Fällen einer aufschiebenden Bedingung, nach römischem Recht hinausgeschoben. Der substitutus mufs den Berufungsfall (den Eintritt der Bedingung) erleben. Stirbt er vor dem Berufungsfall, so ist die Substitution wirkungslos; Transmission zugunsten seiner Erben ist unmöglich.

Das Recht des B.G.B. lautet anders. Hier gilt: 1. Die Berufung eines jeden Erben (der nicht blofser Nacherbe ist) er-

[3] L. un. C. 6, 52. Dadurch wurden die Deszendenten, welche nicht sui waren (z. B. im Testament der Mutter eingesetzte Kinder), für die Transmission in der Hauptsache den sui gleichgesetzt. — Von geringerer praktischer Bedeutung ist die gleichfalls von Theodos II. i. J. 426 (l. 18 § 1 C. 6, 30) bestimmte transmissio ex jure patrio oder ex jure infantiae: stirbt ein zur Erbschaft berufenes Kind unter sieben Jahren bevor ihm die Erbschaft erworben ist, so kann der Vater, auch wenn das Kind nicht in seiner Gewalt war, die Erbschaft erwerben. Hier liegt, sofern auf den Vater als solchen die Berufung übergeht, wirkliche Transmission vor. Vgl. oben Anm. 2.

[4] L. un. § 5 C. 6, 51: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur.

folgt ex tunc, d. h. im Augenblick des Todes des Erblassers (des Erbfalls). Auch der nachberufene Erbe, dem die Erbschaft erst nach Wegfall eines Vorberufenen sich eröffnet, gilt nunmehr als berufen bereits zur Zeit des Erbfalls: seine Berufung (der „Anfall") wird zurückdatiert, nicht blofs, wie nach römischem Recht, die Wirkung seines Erbschaftserwerbs (B.G.B. § 1953, 2). Es gilt, als wenn der Vorberufene gar nicht dagewesen wäre. 2. Weil jeder Berufene bereits zur Zeit des Erbfalls berufen war, genügt es, dafs er den Erbfall erlebt hat. Es ist nicht notwendig, dafs er auch den Berufungsfall (den Wegfall des Vorberufenen) erlebt. Die Nachberufung erfolgt immer nach Mafsgabe der damals, zur Zeit des Erbfalls, gegebenen Verhältnisse. 3. Die Berufung bewirkt für alle Erben ipso jure zugleich den Erwerb der Erbschaft (unter Vorbehalt der Ausschlagungsmöglichkeit); die Berufung ist gleichbedeutend mit dem „Anfall". Der Berufene braucht nicht anzutreten. Stirbt er, bevor er von der Berufung erfuhr oder sich über die Annahme erklärte, so bedarf es keiner Transmission der Berufung mehr. Es tritt immer die Transmission der Erbschaft ein (wie nach römischem Recht ex capite suitatis): die dem Berufenen bereits erworbene Erbschaft geht (mit Ausschlagungsmöglichkeit) auf seine Erben ipso jure über (B.B.G. § 1952). Ist der Berufene bereits vor dem Berufungsfall (aber nach dem Erbfall) gestorben, so ist auch die ex tunc ihm zugefallene Erbschaft seinen Erben erworben. Die Transmission im Sinne der Pandektenlehre ist aus unserem heutigen Recht verschwunden. Sie hat der Transmission der Erbschaft, und zwar ex tunc, mit Rückdatierung der Berufung, Platz gemacht.

Hinausschiebung der Berufung auf einen späteren Zeitpunkt als den des Erbfalls gilt heute nur für die Nacherbfolge, d. h. für die Erbfolge aus aufschiebend betagter oder aufschiebend bedingter Erbeinsetzung (B.G.B. §§ 2100 ff.). Der Nacherbe wird berufen erst mit dem Nacherbfall (Eintritt des dies, der Bedingung): bis dahin, ist der Vorerbe Erbe. Die Nacherbenstellung ist im Zweifel unvererblich, wenn die Nacherbeneinsetzung aufschiebend bedingt ist (§ 2074)[5]. Die Sub-

[5] Umgekehrt, wenn die Nacherbenstellung aufschiebend betagt ist

stitution des B.G.B. aber ist Einsetzung eines Ersatzerben (§ 2096), nicht Einsetzung eines Nacherben, d. h. sie ist, anders als im römischen Recht, keine aufschiebend bedingte Erbeinsetzung. Der Substitut des B.G.B. ist unbedingt und ohne Aufschub der Berufung als Ersatz des Ersteingesetzten zum Erben ernannt: seine Einsetzung ist eine eventuelle aber nicht eine bedingte, weil die Voraussetzung des Wegfalls des Ersteingesetzten aus dem Wesen der Ersatzverfügung, dem essentiale negotii, hervorgeht (es liegt eine condicio juris vor, oben S. 246). Der Substitut des B.G.B. soll nachberufen sein, aber nachberufen schon für die Zeit des Erbfalls. Das letztere unterscheidet ihn vom römischen Substituten. Der Substitut des B.G.B. braucht darum nur den Erbfall, nicht auch den Berufungsfall zu erleben. Stirbt er vor dem Berufungsfall aber nach dem Erbfall, so war ihm (bei Wegfall des Ersteingesetzten) dennoch die Erbschaft rückwärts bereits angefallen und es tritt die Transmission der Erbschaft (mit Ausschlagungsmöglichkeit) zugunsten seiner Erben ein.

Wie die römische Transmission (der Berufung) so ist auch die römische Substitution dem B.G.B. unbekannt[6]. Der Zeitpunkt der Berufung und folgeweise die rechtliche Stellung des berufenen Erben ist im B.G.B. grundsätzlich anders geordnet als nach römischem Recht.

II. Gegenstand des Erwerbs ist für jeden berufenen Erben im Prinzip die ganze Erbschaft (oben S. 645). Für Miterben bestimmen sich die ihnen zukommenden Bruchteile durch das Gesetz (Intestaterbfolge) bezw. das Testament[7]. Fällt

---

(§ 2108, 2). Aber auch bei Übergang der Nacherbenstellung auf die Erben handelt es sich nicht um Vererbung, Transmission, sondern um Auslegung des erblasserischen Nacherbeinsetzungswillens: die Frage ist, ob der Erblasser eventuell auch die Erben des Nacherben zu Nacherben ernannt hat.

[6] Wie die ordentliche Substitution (Vulgarsubstitution) römischen Stils so ist auch die Pupillar- und Quasipupillarsubstitution im B.G.B. verschwunden. Vgl. oben S. 703 Anm. 4. — Die im Text wiedergegebene Auffassung der Substitution des B.G.B. (Ersatzerbeinsetzung) beruht auf den Ausführungen von Strohal, Erbrecht, 3. Aufl., Bd. 1 S. 160 ff.

[7] Die Römer benannten die Erbteile nach dem As und seinen Zwölfteln (Unzien). Heres ex asse ist der Alleinerbe, heres ex uncia der

aber ein berufener Miterbe ohne Erwerb seines Bruchteils weg und ohne dafs auf seinen Bruchteil durch Transmission oder Substitution ein anderer berufen würde, so wächst sein Bruchteil kraft Akkreszenzrechts den die Erbschaft erwerbenden Miterben ipso jure an. Die Anwachsung geschieht in der Regel zugunsten aller Miterben nach Mafsgabe ihrer Bruchteile (nicht nach Köpfen). Sie geschieht aber nur zugunsten einer bestimmten Gruppe von Miterben im Fall der conjunctio d. h. falls mehrere Miterben vom Testator auf denselben Bruchteil eingesetzt sind (re conjuncti; ob sie auch verbis conjuncti sind, ist unerheblich). Fällt einer der conjuncti weg, so akkresziert seine portio nur den conjuncti. Ebenso im Fall der Intestaterbfolge bei successio in stirpes (S. 677 ff.). Die Anwachsung überträgt auch die auf dem anwachsenden Erbteil ruhenden Lasten, z. B. Vermächtnisse: portio accrescit cum suo onere. Sie tritt mit Rechtsnotwendigkeit ein (die Anwachsung kann nicht abgelehnt werden), und ist nicht nötig, dafs der Miterbe den Anwachsungsfall erlebt: portio portioni accrescit, non homini. Der Miterbe hat bereits mit seinem Erbteil grundsätzlich die ganze Erbschaft erworben.

Von besonderer Bedeutung war die Akkreszenz für das Testamentsrecht. Weil das römische Testament notwendig über die ganze Erbschaft verfügt, mufs den Testamentserben nach römischem Recht die ganze Erbschaft zufallen. Die vom Erblasser bestimmten Erbteile müssen sich eine Vergröfserung, unter Umständen eine Verkleinerung (wenn der Testator zu viel Erbteile vergeben hat) gefallen lassen, so dafs sie genau die Erbschaft erschöpfen. Wegfall eines Testamentserben mufs Akkreszenz zugunsten der übrigen Testamentserben bewirken (oben S. 683).

Trotzdem hat die Akkreszenz gerade bei testamentarischer Erbfolge während der ganzen Kaiserzeit bis auf Justinian infolge des Kaduzitätsrechts der lex Julia et Papia Poppaea (vgl. oben S. 610) nur beschränkte Geltung gehabt. Caducum war alles, was im Testament gültig zugewandt wurde, aber infolge eines nach dem Tode des Testators begründeten Um-

---

Erbe zu einem Zwölftel, heres ex semisse der Erbe zur Hälfte, ex besse zu zwei Dritteln, ex dodrante zu drei Vierteln usf.

standes (z. B. Inkapazität des Bedachten, vgl. unten IV, Versterben des Bedachten vor der Testamentseröffnung) nicht erworben wird. War der den Erwerb ausschliefsende Umstand schon vor dem Tode des Testators da (z. B. Versterben des Bedachten nach der Testamentserrichtung aber vor dem Testator), so war das Zugewandte in causa caduci, d. h. es ward dem caducum gleich behandelt. Für die caduca war das Akkreszenzrecht der Testamentserben als solches ausgeschlossen. Es galt vielmehr die caducorum vindicatio: die caduca fielen (mit ihren Beschwerungen) an diejenigen qui in eo testamento liberos habent: an erster Stelle an die kinderbesitzenden Testamentserben, an zweiter Stelle an die kinderbesitzenden Legatare: eventuell an das Aerar des populus Romanus (Gaj. II § 286, oben S. 611), seit Caracalla an den Fiskus. Das überlieferte Anwachsungsrecht (jus antiquum) blieb jedoch aufrecht zugunsten der im Testament eingesetzten Aszendenten und Deszendenten des Erblassers (bis zum dritten Grad, Ulp. tit. 18). Auch für die von vornherein ungültige Zuwendung (z. B. an einen zur Zeit der Testamentserrichtung bereits Verstorbenen) blieb das jus antiquum unberührt: die ungültige Verfügung galt als nicht geschrieben, so dafs auf Grund derselben auch keine caducorum vindicatio möglich war (das ungültig Zugewandte verblieb den dadurch Beschwerten).

Erst Justinian hat das Kaduzitätsrecht aufgehoben. Nach dem Recht des Corpus Juris wirkt der Satz, dafs aus dem Testament die ganze Erbschaft den Testamentserben zufallen mufs, wieder ungehindert. Das jus antiquum ist wieder hergestellt (l. un. C. de caducis tollendis 6, 51).

Auch das B.G.B. hat das Anwachsungsrecht der Miterben (§ 1935. 2094), aber mit dem Unterschied, dafs die Anwachsung unter Testamentserben nicht mehr wie bei den Römern zwingenden Rechtens ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Erblasser die Anwachsung gewollt hat, insbesondere also darauf, ob er durch seine testamentarischen bezw. erbvertragsmäfsigen Erbeinsetzungen die gesetzliche Erbfolge ausschliefsen wollte (§ 2094). Das Testament wirkt nicht mehr notwendig Erbfolge nur der Testamentserben (oben S. 701). Bei Wegfall eines Testamentserben kann heute die Anwachsung durch Eintritt eines

Intestaterben ausgeschlossen sein. Das Testament übt keinen Zwang mehr auf den Willen des Testators.

III. Das Wesen des Erbschaftserwerbs ist die erbrechtliche Universalsukzession. Der Erbe tritt nicht blofs in die Vermögensrechte, sondern in die Vermögensverhältnisse des Erblassers, in seine Vermögenslage ein (oben S. 646). Das Vermögen des Erblassers ist jetzt Vermögen des Erben (sogenannte confusio bonorum), die Rechte und Schulden des Erblassers sind jetzt, von bestimmten Ausnahmen abgesehen[8], Rechte und Schulden des Erben. Darum haftet für die Erbschaftsschulden jetzt auch das eigene Vermögen des Erben, und haftet umgekehrt für die eigenen Schulden des Erben auch die Erbschaft. In beiderlei Hinsicht ist jedoch eine Änderung möglich.

Die Haftung des Erben für die Erbschaftsschulden mit seinem eigenen Vermögen wird (aber erst nach Justinianischem Recht) aufgehoben vermöge des beneficium inventarii, wenn der Erbe rechtzeitig (binnen 30 Tagen nach erlangter Kenntnis von der Delation mufs das Inventar begonnen und binnen weiteren 60 Tagen mufs es vollendet werden) ein Inventar über den Nachlafs errichtet. Er haftet dann für die Erbschaftsschulden nur mit der Erbschaft, d. h. nur mit den Erbschaftsaktiven, und ist berechtigt, die Gläubiger, sowie sie sich melden, zu bezahlen. Er haftet (nach der Ansicht, die gemeinrechtich durch-

---

[8] Aktiv unvererblich sind von den Sachenrechten die Personalservituten (S. 419), von den Forderungsrechten die Ansprüche auf persönliche Genugtuung (actiones vindictam spirantes, oben S. 545. 708). Passiv unvererblich sind die Deliktsklagen, nach römischem Recht nicht blofs soweit sie auf poena, sondern auch soweit sie auf Schadensersatz gehen. Der reipersekutorischen Deliktsklage haftet der Erbe nach römischem Recht nur in quantum ad eum pervenit, soweit er also durch das Delikt bereichert ist. Aber die unvererblichen Forderungen und Schulden werden vererblich mit der litis contestatio. Auch unser heutiges Recht kennt actiones vindictam spirantes, die in bezug auf aktive Vererbung ebenso behandelt werden wie im römischen Recht (vgl. B.G.B. § 847. 1300). Actiones poenales sind unserem bürgerlichen Recht unbekannt (S. 547); die Ersatzansprüche wegen deliktischer Schadenszufügung vererben heute wie aktiv so auch passiv gleich anderen Ansprüchen. Über die Vererbung der Schulden nach römischem Recht Mitteis, Röm. Privatr, Bd. 1 S. 108 ff.

drang) cum viribus hereditatis (mit den inventarisierten Gegenständen, trägt also nicht die Gefahr des Untergangs), nicht pro viribus hereditatis (bis zum inventarisierten Wert; das würde bis zu dieser Summe Haftung mit seinem ganzen Vermögen bedeuten): seine Haftung ist eine gegenständlich beschränkte, nicht eine blofs rechnerisch beschränkte. Sind die Erbschaftsaktiva erschöpft, so haftet er nicht mehr.

Die Haftung der Erbschaft auch für die Schulden des Erben wird aufgehoben vermöge des (vom Prätor eingeführten) beneficium separationis, wenn die Erbschaftsgläubiger spätestens binnen fünf Jahren und bevor sie noch mit dem Erben als mit ihrem Schuldner rechtsgeschäftlich sich eingelassen haben, die separatio bonorum beantragen. Für den Nachlafs wird dann ein curator bonorum (Nachlafsverwalter) bestellt, der die Erbschaftsgläubiger bezahlt und den Rest an den Erben herausgibt. Den Gläubigern des Erben, die ja dadurch gefährdet werden können, dafs der zahlungsfähige Erbe eine zahlungsunfähige Erbschaft annimmt, steht ein Separationsrecht nicht zu, um etwa die Nachlafsgläubiger auf den Nachlafs zu beschränken. Das Inventarrecht des Erben ist mittelbar ein Schutz auch für seine Gläubiger; im übrigen haben die Gläubiger wie überhaupt, so auch hier die Gefahr der Leistungsfähigkeit ihres Schuldners zu tragen.

Nach dem B.G.B. ist das Separationsrecht wie den Erbschaftsgläubigern so auch dem Erben selber (aber nicht auch den Erbengläubigern) zuständig (B.G.B. §§ 1975 ff.). Die Inventarerrichtung hat als solche keine haftungsmindernde Wirkung mehr. Aber Versäumung einer dem Erben gesetzten Inventarfrist hat Unbeschränkbarkeit der Erbenhaftung zur Folge (§§ 1993 ff.).

Der Erbe hat eine zweifache Art von Klagen. Er hat einmal die Sonderklagen, die aus den einzelnen zum Nachlasse gehörigen Rechtsverhältnissen entspringen: z. B. die Eigentumsklage aus dem Eigentume seines Erblassers gegen jeden, der ihm die Sache vorenthält (rei vindicatio). Mit dieser Sonderklage geht der Erbe vor, wenn der Rechtsstreit mit dem Beklagten nur ein Streit über dies besondere Rechtsverhältnis als solches ist, wenn also der Beklagte dem Anspruch des Erben einen Sondertitel (einen diesem besonderen Rechts-

verhältnis angehörigen Befreiungsgrund) entgegensetzt: er weigert z. B. die Herausgabe der Sache, weil er das Eigentum durch Schenkung vom Erblasser (oder von einem Dritten) erworben habe. Mit der Sonderklage macht der Erbe nicht sein Erbrecht als solches, sondern das Sonderrechtsverhältnis (z. B. das Eigentum) geltend: die Sonderklage dient dem Sonderrecht. Zum anderen hat der Erbe eine Klage aus seinem Erbrecht, eine Gesamtklage (Universalklage), durch welche er den Nachlafs als solchen fordert, soweit er in Händen des Gegners sich befindet: die hereditatis petitio (den Erbschaftsanspruch). Diese Erbschaftsklage dient dem Streite um das Erbrecht. Mit ihr geht der Erbe vor gegen denjenigen, der pro herede possidet (den „Erbschaftsbesitzer“, B.G.B. §§ 2018 ff.), d. h. gegen den, welcher seinerseits das Erbrecht (nicht blofs das Eigentum an dieser Sache) beansprucht und der auf Grund dieses seines Erbrechts, also eines Universaltitels, Gegenstände als Nachlafsgegenstände für sich beansprucht, also entweder Sachen vorenthält, die, sei es rechtlich, sei es tatsächlich[9], zum Nachlasse gehören (corporis possessor), oder eine Schuld, die er dem Erblasser schuldete, nicht zahlen will, weil er selber Erbe sei (juris possessor). Ebenso ist die Erbrechtsklage (die hereditatis petitio) auch gegen denjenigen zuständig, der gar keinen Titel für sein Vorenthalten von Nachlafsgegenständen geltend macht, den sogenannten pro possessore possessor[10]. Auch von ihm kann der Erbe den Nachlafs herausfordern, d. h. alles, was im Nachlafs war,

---

[9] Mit der hereditatis petitio können auch Sachen herausgefordert werden, die der Erblasser nur in seinem Gewahrsam hatte, z. B. als Depositar, Mandatar, Kommodatar usw., vorausgesetzt, dafs der Gegner diese Sachen auf Grund angemafsten Erbrechts (als pro herede possessor) innehat.

[10] Pro possessore besitzt derjenige, welcher auf die Frage, weshalb er besitze, antwortet: quia possideo, der also keinen Titel, weder einen Universaltitel, noch einen Singulartitel, angibt. Gegen ihn ist sowohl die Erbrechtsklage wie auch die Sonderklage zulässig (er hat keine exceptio praejudicii, vgl. das Folgende). — Die geschichtliche Bedeutung der Rechtssätze vom pro possessore possessor ist noch wenig aufgeklärt. Neuere Untersuchungen: R. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz (1899), S. 46 ff.; W. Stintzing, Beitr. z. röm. Rechtsgeschichte (1901), S. 62 ff.

auch solche Sachen, die nur tatsächlich im Besitze des Erblassers sich befunden haben. Die Haftung des mit der Erbrechtsklage Belangten ist durch ein senatusconsultum Iuventianum (unter Hadrian 129 n. Chr.) geregelt worden. Grundsatz ist, dafs der Beklagte alles, um was er durch seinen Erbschaftsbesitz bereichert ist, auch z. B. den Kaufpreis, den er für Nachlafssachen erlangt hat, herauszugeben verpflichtet ist (hier gilt das Surrogationsprinzip: pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii). Damit ward die usucapio pro herede, welche den Verhältnissen des ältesten Erbrechts ihren Ursprung verdankte (oben S. 659 ff.), entkräftet: trotz vollendeter Usukapion mufste die Sache doch herausgegeben werden. Zugleich machte das Senatuskonsult einen Unterschied zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Erbschaftsbesitzer. Der bösgläubige hat alle Bereicherung herauszugeben, die er haben könnte: er haftet für Schadensersatz bei Versäumung von omnis diligentia hinsichtlich der Nachlafsgegenstände (auch für versäumte Früchte: fructus percipiendi), nach der litis contestatio auch für casus (vgl. oben S. 395): er haftet ebenso wie der bösgläubige Vindikationsbeklagte. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer aber ist besser gestellt als der gutgläubige Vindikationsbeklagte. Er haftet nur auf Herausgabe der Bereicherung, die er noch hat (unter Abzug aller seiner Aufwendungen, auch der weder notwendigen noch nützlichen). Erst von der Klagerhebung an schuldet er Sorgfalt. Darum hat der gutgläubige Erbschaftsbesitzer ein Interesse daran, mit der Erbrechtsklage, nicht mit der Sonderklage (der Eigentumsklage gegenüber gilt kein freies Abzugsrecht aller Aufwendungen), belangt zu werden. Der pro herede possessor (nicht auch der pro possessore possidens) hat, falls der Erbe gegen ihn die Sonderklage erhebt, die exceptio ne praejudicium hereditati fiat, durch welche er den Erben zur Anstellung der Universalklage (der hereditatis petitio) nötigt, damit der Streit um das Erbrecht (nicht blofs um das Eigentum an der einzelnen Sache) nach Mafsgabe der Rechtssätze von der Erbschaftsklage entschieden werde.

Wie der Erbe mit der hereditatis petitio, so klagt derjenige, welcher vom Prätor bonorum possessio empfangen hat,

mit dem interdictum quorum bonorum gegen den, welcher pro herede oder pro possessore possidet, jedoch nur gegen den corporis possessor (vgl. oben S. 668 Anm. 17). Deshalb war es von Bedeutung, dafs der Prätor später dem bonorum possessor eine utilis hereditatis petitio (sogenannte hereditatis petitio possessoria) gab, mit welcher nun auch der juris possessor verklagt werden kann. Auch mit dem interdictum quorum bonorum konnte dem pro herede Usukapierenden trotz vollendeter Usukapion die Sache wieder abgenommen werden.

Erben mehrere Erben nebeneinander, so tritt für jeden die Wirkung des Erbschaftserwerbes pro parte hereditaria ein. Sie werden miteinander berechtigt aus den Rechten, miteinander verpflichtet aus den Schulden des Erblassers. Die Nachlafssachen werden Miteigentum der Miterben nach Bruchteilen (communio pro indiviso): nach römischem Recht so, dafs jeder Miterbe über seinen Bruchteil freie Verfügung hat; heute gilt für die Erbengemeinschaft der Grundsatz der gesamten Hand, so dafs über die einzelnen Erbschaftsgegenstände nur alle gemeinsam verfügen können (B.G.B. §§ 2033. 2040). Untereinander haben die Miterben, um sich über die Erbschaft auseinanderzusetzen, die actio familiae erciscundae (oben S. 534). In bezug auf zum Nachlasse gehörige Forderungen und Schulden bedarf es einer Auseinandersetzung nicht. Teilbare (d. h. teilweise erfüllbare, vgl. oben S. 463) Forderungen und Schulden verteilen sich nach einem schon in den zwölf Tafeln enthaltenen Rechtssatze von selber auf die mehreren Erben, so dafs jedem eine Teilforderung bezw. eine Teilschuld (auf einen Teil der Geldsumme, auf einen Eigentumsbruchteil an der Sache) zukommt: nomina ipso jure divisa sunt. Unteilbare Forderungen und Schulden (z. B. auf Bestellung einer Prädialservitut) gehen auf jeden Erben ganz über, so dafs ein Gesamtschuldverhältnis (oben S. 449 ff.) entsteht. Die Erbteilungsklage dient also insbesondere zur Auseinandersetzung der Eigentumsgemeinschaft an den Nachlafssachen, welche die Folge der Erbschaftsgemeinschaft ist, sowie zur Erledigung von Ausgleichungsansprüchen (praestationes personales), die durch die Erbengemeinschaft erzeugt sind, vgl. oben S. 534.

Erben mehrere Deszendenten miteinander, so kann

unter ihnen die Kollationspflicht, d. h. die Pflicht, bei Lebzeiten des Erblassers Erworbenes in die Erbschaft einzuwerfen, begründet sein. Die Kollationspflicht des älteren römischen Rechts ist durch den Prätor eingeführt worden. Der Urfall ist die collatio emancipati: der emancipatus mufste, wenn er ab intestato mit den sui die bonorum possessio unde liberi (oben S. 672) haben wollte, seine bona konferieren, da ja sein Erwerb, wenn er suus geblieben wäre, dem Vater erworben, also Teil der Erbschaft geworden wäre (collatio bonorum), vgl. oben S. 673. Der emancipatus hatte alles zu konferieren, was er ohne die Emanzipation dem Vater erworben haben würde, ursprünglich also seinen gesamten Erwerb (seine bona), sei es vom Vater, sei es von Dritten; nach justinianischem Recht allerdings nur noch, was er vom Vater erworben hatte (vgl. oben S. 619). Von ähnlichen Erwägungen aus nötigte der Prätor dann auch die als sua ab intestato erbende Tochter und Enkelin zur Einwerfung der dos, auf deren spätere Herausgabe sie einen Anspruch hatte (vgl. S. 600 ff.), ohne Unterschied, ob es sich um eine vom Vater gegebene dos profecticia oder um eine dos adventicia handelte: collatio dotis (wäre der Dotalanspruch schon jetzt fällig, so würde er zur Erbschaft des Gewalthabers, des Vaters, bezw. Grofsvaters gehören). Ungleichheit in der Erwerbsfähigkeit der Kinder soll durch diese prätorische Kollationspflicht bei gemeinsamer Beerbung des Hausvaters durch seine Abkömmlinge ausgeglichen werden. Für ihre Erwerbsunfähigkeit sollen die sui durch die Kollation entschädigt werden. Darum hat der Kollationspflichtige des prätorischen Rechts nicht blofs Erwerb vom Vater, sondern auch Erwerb von Dritten zu konferieren. Darum wird ferner nur zugunsten der sui konferiert, nicht auch zugunsten eines anderen etwa miterbenden emancipatus. Es versteht sich aber von selber, dafs die Voraussetzungen dieser älteren Kollationspflicht wegfällig wurden, als im Lauf der Kaiserzeit die Erwerbsfähigkeit der Hauskinder sich durchsetzte (S. 618): es bestand grundsätzlich zwischen emancipati und sui die alte Ungleichheit für den Rechtserwerb nicht mehr. Die spätere kaiserliche Gesetzgebung (seit Kaiser Leo 472) hat daher die Kollationspflicht dahin umgestaltet, dafs gewisse Zuwendungen des

Erblassers (Bestellung einer dos für die Tochter, einer donatio propter nuptias für den Sohn, Erwerb einer militia, d. h. eines käuflichen Amtes für den Sohn; Schenkungen nur wenn ein anderer Abkömmling dos oder donatio propter nuptias oder militia konferieren mufs) von dem Abkömmling, der sie empfing, bei Intestatbeerbung des Aszendenten zugunsten der anderen Abkömmlinge zu konferieren sind, soferne nicht der Aszendent ein anderes anordnet. Die Ungleichheit der Zuwendungen unter Lebenden soll bei der Verteilung der Erbschaft ausgeglichen werden. Kraft dieser neuen kaiserlichen Kollationspflicht ist nur unentgeltlicher Erwerb vom Vater (bezw. vom sonstigen aszendentischen Erblasser, z. B. der Mutter) zu konferieren, und besteht diese Kollationspflicht zu Lasten und zugunsten aller miterbenden Abkömmlinge (nicht mehr blofs zugunsten der sui). Justinian hat dann die Kollationspflicht, die bis dahin nur für den Fall der Intestaterbfolge galt (nach prätorischem Recht ward die Kollationspflicht nur wirksam, wenn der Kollationspflichtige die prätorische bonorum possessio ab intestato erbat), auch auf den Fall der testamentarischen Beerbung des Aszendenten durch seine Abkömmlinge erstreckt, unter der Voraussetzung, dafs die Kollation dem vermutlichen Willen des Testators gemäfs ist.

Der jüngeren Kollationspflicht des kaiserlichen Rechts entspricht die im B.G.B. § 2050 ff. geordnete Ausgleichungspflicht unter miteinander erbenden Abkömmlingen hinsichtlich einer empfangenen Ausstattung, unter Umständen auch anderer unentgeltlicher Zuwendungen. Die Ausgleichungspflicht ist aber keine Kollationspflicht im römischen Sinne mehr, insoferne sie nicht mehr zum conferre, d. h. zur Einzahlung des Empfangenen, sondern nur dazu verpflichtet, das Empfangene sich bei der Erbteilung auf den eigenen Erbteil anrechnen zu lassen.

L. 9 D. de her. pet. (5, 3) (ULPIAN.): Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam.

L. 11. 12 eod. (ULPIAN.): Pro herede possidet, qui putat, se heredem esse. — Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendet se heredem, vel per mendacium.

§ 3 I. de interd. (4, 15): Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur quorum bonorum. Ejusque vis et potestas haec est, ut quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede, aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat, se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens, ad se non pertinere, possidet.

L. 2 D. de poss. her. pet. (5, 5) (GAJUS): Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

IV. Hindernisse des Erbschaftserwerbes sind:

1. Die Erbunfähigkeit. Kraft positiven Rechtssatzes sind nach Kaiserrecht erbunfähig die Kinder von Hochverrätern, Apostaten und Häretiker, die Witwe, welche das Trauerjahr verletzt hat (die letztere für testamentarische Erbschaft und Intestaterbschaft ultra tertium gradum). Auch die juristischen Personen sind nicht schlechtweg erbfähig (oben S. 685). Im übrigen ist nach Justinianischem Recht die Erbfähigkeit in der gemeinen Vermögensfähigkeit enthalten, sofern nur der Erbe zur Zeit des Todes des Erblassers wenigstens als nasciturus da war (vgl. oben S. 184). Die Erbunfähigkeit schliefst die Delation aus. Es ist für die Beerbung ebenso, wie wenn der Erbunfähige überall nicht vorhanden wäre.

2. Die Inkapazität ist blofse Erwerbsunfähigkeit. Sie schliefst nicht die Delation aus, sondern nur die Akquisition. Im Justinianischen Recht gibt es keine Inkapazitätsfälle mehr. Der wichtigste Fall war früher die durch die lex Julia et Papia Poppaea begründete Inkapazität, welche die caelibes und die orbi ganz bezw. zur Hälfte von dem Erwerb der aus einem Testament deferierten Erbschaften und Vermächtnisse ausschlofs (oben S. 610. 720).

3. Die Indignität schliefst weder Delation noch Akquisition aus. Aber dem indignus soll das Erworbene wieder genommen („eripiert“) werden, sei es durch den Fiskus (das ist die Regel), sei es durch einen dritten Berechtigten (sogenannte bona ereptoria). So soll z. B. zugunsten des Fiskus die Erb-

schaft verlieren, wer den Erblasser umgebracht hat, wer bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Zustimmung einen Vertrag über die Erbschaft geschlossen hat, wer das Testament, in dem er bedacht ist, als gefälscht oder inoffiziös oder mit bonorum possessio contra tabulas zu unrecht angegriffen hat usw. Wer gegen den Erblasser unwürdig sich verhält, ist unwürdig, die Erbschaft zu behalten.

Nach heutigem Recht ist die Erbfähigkeit schlechtweg in der Rechtsfähigkeit enthalten. Inkapazität ist unserem Recht unbekannt. Nur die römische Indignität findet in der Erbunwürdigkeit des B.G.B. §§ 2339ff. ihr Seitenstück. Aber mit dem wichtigen Unterschied, dafs das Ereptionsrecht des Fiskus verschwunden ist. Ereptionsberechtigt sind die Anwärter (alle, nicht blofs die nächsten). Das Ereptionsrecht erscheint in der Form des Anfechtungsrechts. Durch Anfechtungsklage ist der Erbschaftserwerb des Erbunwürdigen rückwärts zu vernichten. Mit der Rechtskraft des Erbunwürdigerklärungsurteils gilt der Erbunwürdige rückwärts als für diesen Erbfall nicht vorhanden (er „fällt weg“) und der Nachberufene ist nunmehr als bereits zur Zeit des Erbfalls berufen zu beurteilen.

§ 115.

Das Vermächtnis.

Vermächtnis ist die Zuwendung eines Vermögensvorteils auf Kosten der Erbschaft durch Verfügung von Todes wegen. Es bedeutet eine Gabe aus dem Nachlafs durch einseitiges Rechtsgeschäft, während die donatio mortis causa eine vertragsmäfsige Gabe aus dem Vermögen des noch Lebenden darstellt, unten § 118. Immer ist das Vermächtnis nur eine Gabe, d. h. Zuwendung eines Vermögensvorteils, nicht wie die Erbeseinsetzung Zuwendung der Persönlichkeit. Das römische Vermächtnis ist in verschiedenen Rechtsformen aufgetreten.

I. Das Legat ist das feierliche, in feststehender Wortform befehlsweise (verbis imperativis) durch das Mittel des Testaments angeordnete, einem Testamentserben auferlegte Vermächtnis des Zivilrechts. Es ist lediglich dazu bestimmt, ein Vermögensrecht auf Kosten der Erbschaft dritten Personen zu gewähren. Das Wesen des legatarischen Erwerbes ist Singular-

sukzession im Gegensatz zu dem Erbschaftserwerb des Erben, der Universalsukzession. Das Legat gewährt nur Rechte; Schulden können nicht vermacht werden. Die Form der Rechtszuwendung war nach Zivilrecht eine zweifache, entweder eine direkte oder eine indirekte.

1. Der direkten Rechtszuwendung diente das legatum per vindicationem. Es sprach dem Legatar unmittelbar das Eigentum oder eine Servitut an einer dem Erblasser zu quiritischem Eigentum zuständigen Sache zu (z. B. Titio hominem Stichum do lego, oder: Titio usumfructum fundi Corneliani do lego). Auf Grund solcher Verfügung konnte der Legatar post aditam hereditatem sofort zur rei vindicatio bezw. zur Servitutenklage (juris vindicatio) schreiten; einer vorgängigen Manzipation oder Tradition bezw. einer Servitutenbestellung von seiten des Erben bedurfte es nicht. Die Sabinianer lehrten, dafs der Erwerb aus dem Vindikationslegat auch ohne Wissen und Wollen des Legatars ipso jure im Augenblick des Erbschaftsantritts vor sich gehe, wenngleich Legatar in der Lage sei, durch Ablehnung des Vermächtnisses den bereits eingetretenen Erwerb rückwärts wieder aufzuheben, während die Prokulejaner den Rechtserwerb aus dem Vindikationslegat erst mit der Annahmeerklärung des Legatars eintreten lassen wollten (Gaj. II § 195). Für das Recht des Corpus juris (vgl. unten) ist die sabinianische Lehre bestimmend geworden.

2. Die indirekte Rechtszuwendung vollzog sich vornehmlich durch das Damnationslegat, welches den Erben feierlich verpflichtete, dem Legatar das quiritische Eigentum an einer Sache (oder sonst einen Vermögensvorteil) zu verschaffen (z. B. heres meus Stichum servum meum dare damnas esto). Hier hatte der Legatar nur ein Forderungsrecht auf dare bezw. facere (vgl. oben S. 464) gegen den Erben, nicht sofort Eigentum. Aber durch Damnationslegat konnten nicht blofs eigene Sachen des Testators, sondern auch fremde Sachen vermacht werden: der Erbe war dann zur Verschaffung der fremden Sache, bezw. zur Leistung ihres Wertes verpflichtet. Das Damnationslegat war daher in Bezug auf seine Gültigkeit die sicherste und insofern beste Form des Legats. Dem Damnationslegat verwandt war das legatum sinendi modo (herus meus damnas

esto, sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere). Auf diese Weise konnten nicht blofs Sachen des Erblassers, sondern auch Sachen des Erben (nicht aber Sachen Dritter) vermacht werden. Es liegt auch hier eine blofse Obligation des Erben vor, aber nicht zum dare, sondern nur zum sinere: zu gestatten, dafs der Legatar die Sache sich aneigne. Ebenso war dem Damnationslegat das legatum per praeceptionem verwandt (L. Titius hominem Stichum praecipito): in dieser Form kann nur eine Erbschaftssache (aber auch die nicht im quiritischen Eigentum stehende) und nur einem Miterben vermacht werden; das Legat ist ein sogenanntes Prälegat (ein Vermächtnis zugunsten eines Miterben, zu Lasten aller Erben) und begründet eine Pflicht der Miterben, im judicium familiae erciscundae (mit dieser Klage mufs das Legat geltend gemacht werden) dem bevorzugten Miterben jene Sache noch aufser seinem Anteil zu belassen[1].

Auf die Gültigkeit der Legate, soweit ihre sachlichen Voraussetzungen in Frage kommen, bezog sich die regula Catoniana (oben S. 101 Anm. 6). Die Erfordernisse für die Gültigkeit des Inhalts der Vermächtnisverfügung müssen im Augenblick der Vermächtniserrichtung vorliegen; es genügt nicht,

[1] Durch das Präzeptionslegat (Prälegat) werden alle Erben nach Mafsgabe ihrer Erbteile, auch der Bedachte selbst beschwert (falls nur einzelne Miterben zu lasten anderer Miterben beschwert sind, würde ein einfaches Damnationslegat, kein Präzeptionslegat, gewollt sein). Für den Bruchteil der Sache, den der Bedachte sich selbst zu leisten hätte, ist das Prälegat nach römischem Recht ungültig; diesen Bruchteil hat er als Erbe, nur die übrigen Bruchteile als Vermächtnisnehmer (den Bruchteil, den er als Erbe hat, mufs er sich auf die quarta Falcidia anrechnen, vgl. § 116, er mufs ihn im Fall eines Universalfideikommisses mit herausgeben); anders B.G.B. § 2150. — Das Präzeptionslegat bedeutet formell einen blofsen Wunsch des Erblassers (praecipito), welcher der strengen Damnationsform entbehrt und daher nicht durch selbständige Klage, sondern nur bei Gelegenheit des judicium familiae erciscundae kraft des officium judicis (ex bona fide) geltend gemacht werden kann. Der Legatar (Miterbe) erwirbt die Sache erst durch die adjudicatio seitens des Richters im Erbteilungsverfahren, nicht unmittelbar kraft des Legates. Vgl. Hölder, Beitr. zur Gesch. des röm. Erbr., S. 80ff. — Über das Alter der verschiedenen Vermächtnisformen Hölder a. a. O. S. 76ff; Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 916ff. Voigt, Röm. Rechtsgesch., Bd. 1 S. 519. 524.

dafs sie zur Zeit des Erbfalls erfüllt sind. So ist das Legat einer Sache ungültig, die im Augenblick der Vermächtniserrichtung im Eigentum des Bedachten steht, auch wenn der Bedachte vor dem Tode des Testators das Eigentum verliert. Ebenso war ungültig das Legat an den eignen Sklaven des Testators ohne zugleich ihm die Freiheit zuzuwenden, auch wenn der Testator den Sklaven später freigelassen hat. Auf bedingte Legate aber ward die reg. Catoniana nicht angewandt (l. 41 § 2 D. 30: ad condicionalia Catoniana non pertinet): es genügt, dafs die Gültigkeitsbedingungen im Augenblick des Eintritts der Bedingung erfüllt sind. Unserem heutigen Recht ist der Formalismus der regula Catoniana unbekannt. Es genügt und ist erforderlich, dafs die Vermächtnisleistung zur Zeit des Erbfalls möglich und unverboten ist, B.G.B. § 2171.

Das sc. Neronianum begünstigte die Gültigkeit der Legate durch die Bestimmung, dafs jedes Legat, welches in der vom Testator gewählten Form (z. B. als Vindikationslegat) wegen Mangels der mit dieser Form verbundenen sachlichen Voraussetzungen ungültig war (es fehlte z. B. das quiritische Eigentum des Erblassers), als Damnationslegat aufrechterhalten werden solle. Durch jedes als Damnationslegat mögliche Legat wurde nun der Erbe verpflichtet, es zu erfüllen.

Ulp. tit. 24 § 1: Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur: nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

Gaj. Inst. II § 193: Per vindicationem hoc modo legamus: Titio verbi gratia hominem Stichum do lego; sed et si alterutrum verbum positum sit, veluti do aut lego, aeque per vindicationem legatum est; item, ut magis visum est, si ita legatum fuerit: sumito, vel ita: sibi habeto, vel ita: capito, aeque per vindicationem legatum est. § 194: Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere, suam rem ex jure Quiritium esse. § 196: Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt; sed eas quidem res, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex jure

Quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam. Ceteras res vero placuit, utroque tempore testatoris ex jure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum et quo moreretur, alioquin inutile est legatum.

Eod. § 201: Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO. Sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est. § 202: Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et praestare, aut aestimationem ejus dare debeat. § 203: Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut FRUCTUS, QUI IN ILLO FUNDO NATI ERUNT, aut QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT. § 204: Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est, et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere: et tum heres, si res mancipii sit, mancipio dare, aut in jure cedere, possessionemque tradere debet; si nec mancipii sit, sufficit si tradiderit.

Eod. § 209: Sinendi modo ita legamus: HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE LUCIUM TITIUM HOMINEM STICHUM SUMERE SIBIQUE HABERE. § 210: Quod genus legati plus quidem habet, quam per vindicationem legatum; minus autem, quam per damnationem. Nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui: cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cujuslibet extranei rem legare potest.

Eod. § 216: Per praeceptionem hoc modo legamus: L. TITIUS HOMINEM STICHUM PRAECIPITO. § 217: Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset: praecipere enim esse praecipuum sumere: quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit. § 219: Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, nulla alia ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam judicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda acccipi solet: officio enim judicis id contineri, ut ei, quod per praeceptionem legatum est, adjudicetur.

Ulp. tit. 24 § 11: Senatusconsulto Neroniano . . . cautum est, ut, quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset: optimum autem jus legati per damnationem est.

II. Neben dem Legat kam das Fideikommifs d. h. das unfeierliche, blofs bittweise angeordnete Vermächtnis auf: der Erblasser stellte es (verbis precativis) in das Gewissen (daher der Name fidei commissum) des Beschwerten (fiduciarius), ob er dem Bedachten (fideicommissarius) das vom Erblasser formlos Zugewandte leisten werde. Solche Fideikommisse konnten auch aufserhalb des Testaments und ohne Testament (also zu Lasten des Intestaterben), sie konnten auch einem Nichterben, z. B. einem Vermächtnisnehmer, auferlegt sein. Ein Fideikommifs kann jedem auferlegt werden, welcher von dem Testator von Todes wegen etwas erhält, auch dem Fideikommissar selber. Es kann mündlich oder schriftlich, vor Zeugen und ohne Zeugen errichtet werden. Die regelmäfsige Form war ein Brief an den Beschwerten (codicilli). Solche Fideikommisse wurden trotz ihrer Formlosigkeit[2] rechtlich verbindlich, seitdem Kaiser Augustus eine extraordinaria cognitio zu gunsten des Fideikommissars anordnete. Nach seinem Ermessen konnte causa cognita der Magistrat (es ward dann ein eigner praetor fideicommissarius dafür bestellt) den Beschwerten zur Leistung des Fideikommisses an den Bedachten zwingen (vgl. oben S. 123). Immer war es ein blofses Forderungsrecht, niemals direkt Eigentum, was durch das Fideikommifs erworben wurde. Dennoch war klar, dafs das Fideikommifs im Begriff war, das ganze Vermächtnisrecht des Zivilrechts aus den Angeln zu heben. Das formlose Vermächtnis hatte praktisch den gleichen Erfolg errungen wie das formale: die Verpflichtung des Erben zur Auszahlung[3].

[2] Der Grundsatz der völligen Formfreiheit hat sich allerdings erst gegen das Ende der klassischen Zeit (unter den Severen) durchgesetzt. Die frühklassische Zeit forderte ausdrückliche verba precativa; erst Severische Reskripte lassen jeden erkennbaren Willen genügen, z. B. die in Form der Auflage ausgesprochene Zuwendung an einen bestimmten Dritten (oben S. 250), vgl. Mitteis, Röm. Privatr., Bd. 1 S. 196. 288.

[3] Den ersten Schritt zur Gleichsetzung der Fideikommisse mit den Legaten tat bereits Hadrian. Ursprünglich stand das Fideikommifs, als

§ 1 I. de fideic. hered. (2, 23): Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus, auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam jurisdictionem, tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

Ulp. tit. 25 § 1: Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. § 2: Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: FIDEICOMMITTO, PETO, VOLO DARI, et similia. § 3: Etiam nutu relinquere fideicommissum, usu receptum est.

Eod. § 4: Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerint. Nam intestato quis moriturus fideicommissum relinquere potest.

Eod. § 12: Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consulum, aut praetoris, qui fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidum provinciarum.

III. Die Verschmelzung der Legate und Fideikommisse geschah dadurch, dafs einerseits das Legat von der überlieferten Form (z. B. der solennia verba) befreit, andererseits das Fideikommifs an eine gewisse Form gebunden wurde. Schon durch Konstantin ward das Legat auch ohne verba solennia, also

blofs kraft kaiserlichen Amtsrechts gültig, aufserhalb des Zivilrechts (vgl. oben S. 124), war also auch zugunsten von Peregrinen gültig. Hadrian bestimmte den Ausschlufs der Peregrinen auch vom fideikommissarischen Erwerb (Gaj. II § 285). Damit ward das Fideikommifs dem zivilrechtlichen Rechtskreis angegliedert und der Grundsatz durchgeführt, dafs das römische Erbrecht gleich dem römischen Familienrecht römische Rechtsfähigkeit (Bürgerrecht) voraussetzt, Mitteis a. a. O. S. 64.

auch wenn in beliebige Worte gekleidet, für gültig erklärt und zugleich für Fideikommisse die Kodizillarform (Zuziehung von Zeugen, oben S. 700) vorgeschrieben. Justinian hat dann den Unterschied völlig aufgehoben.

Es gibt nach Justinianischem Recht nur noch ein Vermächtnis, welches beide Namen führt: legatum und fideicommissum. Die Namen sind gleichbedeutend geworden.

Die Wirkung des Justinianischen Vermächtnisses, in welcher Form es auch angeordnet sei, ist immer eine Verpflichtung des Beschwerten zur Erfüllung des Vermächtnisses, aus welcher die persönliche Legatsklage (actio legati) entspringt[3a]. Vermachte der Erblasser direkt Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht an einer Sache, welche in der Erbschaft sich befindet, so erwirbt der Legatar aufserdem auch sofort, ohne Traditionshandlung des Erben, dieses dingliche Recht[4].

[3a] Bei befristetem Vermächtnis hat Vermächtnisnehmer nach römischem Recht sofort das Recht auf Kaution (durch Bürgen); aber es gibt keine Klage auf Kautionsleistung, sondern nur prätorische missio in possessionem legatorum servandorum causa, d. h. bei ausbleibender Kaution wird Vermächtnisnehmer in die Nachlafsgegenstände eingewiesen zur Detention neben dem beschwerten Erben.

[4] Nach dem B.G.B. erzeugt das Vermächtnis immer nur eine Verpflichtung des Beschwerten, wirkt also nur nach Art des Damnationslegats. Das Vindikationslegat (die unmittelbare Zuwendung von Eigentum oder sonstigem dinglichem Recht durch Vermächtnis) ist durch das B.G.B. beseitigt worden. Vgl. oben S. 372. Dementsprechend ist im heutigen Recht das legatum nominis (Vermächtnis einer zum Nachlafs gehörenden Forderung) nicht mehr, wie nach römischem Recht, unmittelbar Erwerbsgrund für den Vermächtnisnehmer (er hat nicht ipso jure die Forderung), sondern nur Verpflichtungsgrund für den Erben (er ist verpflichtet, die Forderung abzutreten). Die liberatio legata (Vermächtnis der Befreiung von einer Schuld an den Erblasser) wirkt aber auch heute insofern unmittelbar Befreiung (also doch unmittelbare Zuwendung), sofern sie zwar nicht ipso jure Erlöschen der Schuld (wie nach römischem Recht), aber doch kraft der Verpflichtung des Erben zum Erlafs ohne weiteres eine Dauereinrede (Recht, die Leistung zu verweigern) hervorbringt. Das legatum debiti (Schuldvermächtnis), d. h. Vermächtnis der Schuldzahlung an den Gläubiger des Erblassers, war nach römischem Recht ungültig, wenn nicht in dem Vermächtnis ein Plus enthalten war; heute ist es schlechtweg als gültig zu beurteilen: es gibt dem Gläubiger einen neuen Verpflichtungsgrund und damit einen neuen Klaggrund, der ihn des Schuldbeweises überhebt

Der Erwerb des Vermächtnisses tritt für den Vermächtnisnehmer (den „Honorierten") ipso jure ein. Es bedarf nicht der Annahme seitens des Bedachten. Für den Vermächtniserwerb sind zwei Termine zu unterscheiden: dies cedens und dies veniens. Dies cedens ist der Zeitpunkt, in welchem dem Bedachten die vererbliche Vermächtnisanwartschaft ipso jure erworben wird. Die Regel ist, dafs dies legati cedit mit dem Tode des Erblassers, also mit dem Erbfall. Ausgenommen ist der Fall des aufschiebend bedingten Vermächtnisses: hier tritt der dies cedens erst mit Erfüllung der Bedingung ein (diesen Augenblick mufs also der Vermächtnisnehmer erleben). Dies veniens ist der Zeitpunkt, in welchem das Recht aus dem Vermächtnis als gegenwärtig geltend zu machendes Recht erworben wird. Die Regel ist, dafs dies legati venit im Augenblick des Erbschaftsantritts. Der dies veniens wird hinausgeschoben durch aufschiebende Betagung des Vermächtnisses (den dies veniens braucht der Bedachte nicht zu erleben). Mit dem dies cedens ist der Vermächtniserwerb begründet, mit dem dies veniens ist er fällig[5].

Der Bedachte kann das Vermächtniss ablehnen (repudiatio legati). Dadurch wird der bereits eingetretene Erwerb rückwärts wieder aufgehoben.

Auch unter Vermächtnisnehmern gibt es ein Anwachsungsrecht, falls mehrere mit demselben Vermächtnis bedacht sind, die Collegatare also als re conjuncti (vgl. S. 719) erscheinen.

(gleich einem Anerkennungsvertrage). Der Erbe hat die Beweislast. Er mufs beweisen, dafs keine Schuld bestand und dafs der Erblasser nur ein Schuldvermächtnis wollte.

[5] Auch nach dem B.G.B. wird der Vermächtniserwerb begründet (eine vererbliche Anwartschaft ist da) regelmäfsig mit dem Tode des Erblassers (ausgenommen den Fall des bedingten Vermächtnisses nach § 2074). Das entspricht dem römischen dies cedens. Der zweite Termin ist der Augenblick, in welchem der Vermächtniserwerb sich vollendet (das Forderungsrecht ist da). Das letztere heifst im B.G.B. „Anfall" des Vermächtnisses (§ 2176), und das geschieht regelmäfsig gleichfalls mit dem Erbfall, ausgenommen wenn der Anfall durch Bedingung oder Termin hinausgeschoben ist. Aber der Anfall schliefst nicht notwendig die Fälligkeit in sich, fällt also nicht genau mit dem römischen dies veniens zusammen (Strohal, Erbrecht, 3. Aufl., Bd. 1, S. 219).

Fällt einer der Collegatare weg ohne das Vermächtnis zu erwerben, so wächst sein Anteil den re conjuncti nach Mafsgabe ihrer Anteile an[6].

Seiner Form nach verlangt das Justinianische Vermächtnis entweder die Errichtung in einem Testament oder in einem Kodizill; das Kodizill kann ein testamentarisches oder ein Intestatkodizill sein (vgl. oben S. 699). Es soll aber nach einer Vorschrift Justinians auch auf Grund einer ganz formlosen Erklärung des Erblassers an den Beschwerten der mit dem Vermächtnis Bedachte klagberechtigt sein, jedoch mit der Beschränkung, dafs er die Wahrheit der Vermächtniserrichtung von dem Eide des Beschwerten abhängig machen mufs (sogenanntes fideicommissum orale). In diesem Oralfideikommifs Justinians hat sich das alte Recht des Fideikommisses bis in das Corpus juris hinein behauptet[7].

Der Widerruf des Vermächtnisses (ademtio legati) hebt das Vermächtnis auf, und zwar nach römischem Recht jeder Widerruf, auch der formlos, ja auch der stillschweigend (z. B. durch Veräufserung der vermachten Sache) erklärte Widerruf. Der Widerruf des Vermächtnisses wird also vom römischen Recht anders behandelt als der Widerruf des Testaments (d. h. der Erbeseinsetzung), vgl. oben S. 713. Heute gelten dagegen für das testamentarische Vermächtnis die Rechtssätze vom Widerruf des Testaments, B.G.B. §§ 2253 ff.; das erbvertragsmäfsige Vermächtnis ist unwiderruflich.

§ 3 I. de leg. (2, 20): Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed, quod deest legatis, hoc re-

---

[6] Solche Anwachsung galt nach römischem Prälegatsrecht auch zu Lasten des Erben in bezug auf den ihm als Erben verbleibenden Bruchteil (oben Anm 1). Dieser Bruchteil wuchs seinem Collegatar an, woraus sich dann merkwürdige Folgerungen ergeben konnten, vgl. l. 34 § 11. 12 D. 30.

[7] Von den Formen der Vermächtniserrichtung ist auch das fideicommissum a debitore relictum befreit geblieben; aber dies „Fideikommifs" war rechtlich überall kein Vermächtnis, sondern ein Vertrag zugunsten eines Dritten mit blofs vermächtnisähnlichen Wirkungen, vgl. oben S. 536.

pleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura.

§ 116.
Beschränkung der Vermächtnisse.

Es gilt im römischen Recht der Grundsatz, dafs der Erbe für die Vermächtnisse nur mit der Erbschaft, und zwar nur mit dem Reinbetrage der Erbschaft (nach Abzug der Schulden), nicht mit dem eigenen Vermögen einsteht, denn das Vermächtnis ist eine Zuwendung auf Kosten der Erbschaft. Es lag jedoch im Interesse der Vermächtnisnehmer selber, die Haftung des Erben für die Legate noch weiter einzuschränken, da nach älterem und noch nach klassischem Recht das zivilrechtliche Legat nur den Testamentserben verpflichtete (oben S. 729). Mufste der Erbe das aus der Erbschaft Empfangene ganz den Vermächtnisnehmern herauszahlen, so hatte er schwerlich Neigung, eine derartig belastete Erbschaft ohne jeden eigenen Vorteil, nur im Interesse anderer, zu übernehmen. Er konnte vorziehen, die Erbschaft auszuschlagen, so dafs den Legataren nichts zugute kam. Daher galt es, gewissermafsen einen Vergleich zwischen dem Erben und den Legataren herbeizuführen, damit jener daran interessiert sei, die Erbschaft anzutreten, dieser wenigstens einen Teil des ihm Vermachten empfange.

Die römische Gesetzgebung hat mehrere Versuche dieser Art gemacht. Eine lex Furia bestimmte den Höchstbetrag der Legate (nahe Angehörige ausgenommen) auf 1000 As. Die lex Voconia (169 v. Chr.) gab die Vorschrift: das Legat solle nicht mehr betragen dürfen, als der Erbe empfange[1]. Den Sieg trug die lex Falcidia (40 v. Chr.) davon. Sie bestimmte, dafs dem Erben ein Viertel seines Erbteils (die sogenannte Quarta Falcidia) von Vermächtnissen frei bleiben müsse. Übersteigt der Gesamtwert der auferlegten Vermächtnisse das Mafs (mehr als drei Viertel vom Reinbetrage des dem beschwerten Erben zukommenden Erbteils), so erleiden sie sämtlich einen verhältnismäfsigen Abzug. Die lex Falcidia galt zunächst nur den Legaten

[1] Über diese Volksgesetze vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgesch., Bd. 2, S. 939 ff.

gegenüber; sie ist dann auf die Fideikommisse (sc. Pegasianum 75 n. Chr.) erstreckt worden: sie gilt aber immer nur zugunsten des Erben, nicht auch zugunsten des Vermächtnisnehmers, welcher seinerseits mit Vermächtnissen beschwert ist (erleidet aber der Vermächtnisnehmer durch die Erbenquart einen Abzug, so kann er seinen Vermächtnisnehmern wiederum einen entsprechenden Abzug machen). Jeder Miterbe berechnet die Quarta besonders für seinen Erbteil. Auf die Quarta anzurechnen ist nur, was der Erbe als Erbe hat, nicht, was ihm als Vermächtnisnehmer zukommt (vgl. oben S. 731 Anm. 1). Soweit das Recht auf die Quarta verletzt ist, sind die Vermächtnisse ipso jure nichtig: sie sind also ipso jure herabgesetzt. Der Erbe, der unwissentlich das ganze Vermächtnis auszahlt, hat die condictio indebiti. Ist zweifelhaft, ob die Quarta verletzt ist, so kann der Erbe vollzahlen gegen Kaution für etwaige teilweise Rückzahlung (sogenannte cautio si cui plus, vgl. D. 35, 3).

Bis auf Justinian war die lex Falcidia zwingenden Rechts. Nach Justinianischem Recht aber (Nov. 1) kann der Erblasser die Quarta Falcidia ausschliefsen, und verliert der Erbe das Recht der Quarta zur Strafe, wenn er die Inventarerrichtung (oben S. 721) versäumt (er haftet dann auch den Vermächtnisnehmern mit seinem eigenen Vermögen). Das B.G.B. hat, der neueren Landesgesetzgebung folgend, das Recht der Quarta Falcidia überhaupt aufgehoben: der Erbe haftet für die Vermächtnisse wie für andere Nachlafsverbindlichkeiten, also jedenfalls, soweit der Nachlafs reicht.

GAJ. Inst. II § 224: Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi relinquere, praeterquam inane nomen heredis. Idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SUAE REI ITA JUS ESTO. Quare, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant; et idcirco plerique intestati moriebantur. § 225: Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit. Qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat, quinque hominibus singulis millenos asses legando, totum patrimonium

erogare. § 226: Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur. Nam, in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere. § 227: Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat, quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc jure utimur.

§ 117.
Das Universalfideikommifs.

Im Wesen des Fideikommisses lag es, dafs jegliche Bitte von dem Erblasser dem Beschwerten ausgesprochen werden konnte, also auch die Bitte, der Beschwerte möge den Erbteil, welchen er entweder ab intestato oder ex testamento vom Erblasser erbt, an einen Dritten herausgeben („restituieren"), sei es den ganzen Erbteil oder einen aliquoten Teil desselben. Hier überschritt das Fideikommifs die Grenze, welche dem Vermächtnis an sich gesteckt ist. Ein solches Universalfideikommifs (Erbschaftsvermächtnis) schlofs eine versteckte Erbeseinsetzung des Dritten in sich. Es war eine Art des Vermächtnisses, welche das Streben hatte, die Wirkung der Universalsukzession herbeizuführen.

Zunächst war von Rechts wegen ein solches Fideikommifs allerdings aufser stande, die in ihm liegende Absicht zu verwirklichen. In welcher Form Rechtens konnte die Übergabe des Erbteils, insbesondere der Erbschaftsschulden, überhaupt ausgeführt werden? Man schlofs an ein Geschäft an, welches bereits bekannt und ausgebildet war: den Verkauf einer Erbschaft (oder eines Erbteils), um dem neuen noch unbekannten Geschäft zugleich die Form und sein Recht zu geben. Der heres fiduciarius, welchem das Universalfideikommifs auferlegt war, verkaufte, um das Fideikommifs zu erfüllen, zum Schein (mancipatio nummo uno) die Erbschaft an den Fideikommissar. Dann hatte der heres fiduciarius als Schein-Erbschaftsverkäufer dem Fideikommissar alle Aktiven der Erbschaft herauszugeben,

der Fideikommissar dagegen als Scheinkäufer den Fiduziar (Verkäufer) wegen aller Erbschaftsschulden schadlos zu halten. Wie beim Erbschaftskauf, so wurden auch hier die beiderseitigen Verpflichtungen durch beiderseitige Stipulationen aufser Zweifel und klagbar gestellt. Damit ward jedoch eine blofse Singularsukzession herbeigeführt. Der Fideikommissar erwarb die Rechte des Erblassers durch eine Reihe von Einzelverfügungen; die Schulden aber blieben bei dem Fiduziar, der eben völlig Erbe blieb. Nur dafs der Fideikommissar dem Erben wegen dieser Schuldhaftung Schadloshaltung zu leisten schuldig war [1].

Den entscheidenden Schritt tat hier das sc. Trebellianum (62 n. Chr.), indem es der Restitutionserklärung des heres fiduciarius als solcher unmittelbar die Wirkung beilegte, den Übergang der Aktiven und der Passiven zu dem entsprechenden Teil auf den Universalfideikommissar herbeizuführen. Die Erklärung des Fiduziars: restituo, wirkt als einheitliche Gesamtübertragung des Nachlasses, so dafs der Fideikommissar (vorausgesetzt, dafs dieser das Vermächtnis angenommen hat) aus den Rechten des Testators mit prätorischer actio utilis klageberechtigt ist und seinerseits aus den Schulden des Testators von den Erbschaftsgläubigern gleichfalls mit prätorischer actio utilis verklagt werden kann. Der heres fiduciarius wird ebenso, wie er die Aktiven einbüfst, von den Schulden frei. Er bleibt, so weit er restituiert hat, nur dem Namen nach Erbe. Der Universalfideikommissar ist zu dem entsprechenden Teil loco heredis (in prätorisch wirksamer Erbenstellung) und hat daher auch die Rechtsmittel des Erben (fideicommissaria hereditatis petitio). Der Übergang auch der Schulden auf den Universalfideikommissar unterscheidet ihn als Universalsukzessor nach Art des Erben von dem, welcher wirklich ein blofses Ver-

---

[1] Eine gleiche Wirkung hatte die partitio legata, welche nach Zivilrecht möglich war: der Legatar empfing den entsprechenden Teil der Aktiven unter der Verpflichtung, den Erben für den entsprechenden Teil der Passiven schadlos zu halten. Auch hier versprachen beide Teile die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten durch Stipulation (stipulationes partis et pro parte). Vergleichen kann man auch die Wirkungen einer post aditam hereditatem vollzogenen in jure cessio hereditatis, oben S. 653 Anm. 3.

mächtnis empfangen hat. In dem Universalfideikommifs liegt jetzt praktisch eine neue Art der Erbeseinsetzung vor, und zwar eine Art, welche von den Schranken formaler Erbeseinsetzung befreit ist, für welche vielmehr in bezug auf die Voraussetzungen die weit freieren Rechtssätze des Fideikommisses gelten. Mit einem Universalfideikommifs (wie überhaupt mit einem Fideikommifs) kann auch derjenige bedacht werden, welcher zur Zeit des Todes des Testators noch gar nicht, auch nicht als nasciturus, da ist. Das Universalfideikommifs kann (wie jedes Fideikommifs) einen dies a quo haben: falls bestimmt ist, dafs der Erbe erst etwa nach zehn Jahren seinen Erbteil herausgeben soll. Auch kann dem Universalfideikommissar (wie jedem Fideikommissar) wiederum ein Fideikommifs, also in diesem Fall wieder ein Universalfideikommifs, auferlegt werden, wieder etwa unter einem dies oder unter einer Bedingung. So wird durch das Mittel des Universalfideikommisses tatsächlich eine Erbeseinsetzung mit dies a quo, mit dies ad quem und mit Resolutivbedingung möglich, was alles bei formaler Erbeseinsetzung ausgeschlossen ist (oben S. 696).

Eine Abschwächung dieses Ergebnisses trat durch das sc. Pegasianum (75 n. Chr.) ein, welches die Quarta Falcidia auch den Fideikommissen, also auch den Universalfideikommissen gegenüber einführte (oben S. 740). Kam es zum Abzug der Quart, so bedurfte es wiederum der Sonderübertragung der einzelnen Nachlafsgegenstände: es trat nur Singularsukzession ein und wurden die stipulationes partis et pro parte notwendig. Zugleich aber ward dem Universalfideikommissar das Recht gegeben, den eingesetzten heres fiduciarius zum Antritt der Erbschaft und damit auch zur Restitution zu zwingen, in welchem Fall dann die Quart nicht abgezogen ward, sondern der Fideikommissar, und zwar dann als Universalsukzessor nach dem Trebellianum, ganz in die Stelle des zum Antritt gezwungenen Erben eintrat.

Justinian hat den Abschlufs herbeigeführt, indem er das sc. Pegasianum mit dem Trebellianum verschmolz: der heres fiduciarius hat das Recht der Quart (gemeinrechtlich Quarta Trebellianica genannt), aber auch bei Abzug der Quart wird der Universalfideikommissar (für die ihm restituierten drei Viertel)

Universalsukzessor kraft Gesamtübertragung, tritt also mit der Restitution für seinen Anteil auch in die Schulden ein. Ferner hat der Universalfideikommissar das Zwangsrecht gegen den Erben (wie nach dem Pegasianum), um dann den ganzen Erbteil desselben zu übernehmen. So war endgültig in dem Universalfideikommifs eine in allen Fällen erbrechtliche Universalsukzession herbeiführende freiere Form der Erbeseinsetzung geschaffen worden. Nur der Unterschied blieb, dafs der Universalfideikommissar stets erst durch das Mittel des Fiduziars (durch die „Restitution“), niemals unmittelbar vom Erblasser die Erbschaft überkam.

Gemeinrechtlich hat das römische Universalfideikommifs gegolten und, insbesondere durch das Mittel der Kodizillarklausel (oben S. 700), eine grofse Rolle gespielt. Unserem heutigen Recht aber ist das Universalfideikommifs unbekannt. Der Gegensatz von Testament und Kodizill ist verschwunden. Es bedarf keiner Kodizillarklausel mehr. Ferner: der römische Rechtssatz: semel heres semper heres ist beseitigt. Der Erbe kann auf Zeit und mit auflösender Bedingung eingesetzt werden. So ist auch die Umgehung jenes Rechtssatzes durch Universalfideikommifs unnötig geworden. An Stelle des Erbschaftsvermächtnisses haben wir heute die Möglichkeit der Einsetzung eines Nacherben. Der Erblasser kann bestimmen, dafs er von mehreren nacheinander beerbt werde: der erste ist der Vorerbe, ihm folgt zum angesetzten Termin bezw. mit Eintritt der Bedingung der Nacherbe, und der Nacherbe erwirbt die Erbschaft unmittelbar vom Erblasser ebenso wie der Vorerbe (B.G.B. §§ 2100 ff.).

§ 2 I. de fideic. her. (2, 23): Cum igitur aliquis scripserit: LUCIUS TITIUS HERES ESTO, poterit adjicere: ROGO TE, LUCI TITI, UT, CUM PRIMUS POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE EAM GAJO SEJO REDDAS, RESTITUAS. Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare, et liberum est, vel pure, vel sub condicione relinquere fideicommissum, vel ex die certo.

§ 118.

Mortis causa capio.

Mortis causa capio heifst jeder Erwerb, welcher kraft letzten Willens eines Verstorbenen gemacht wird, insbesondere der Er-

werb, welcher nicht die Form des Erbschaftserwerbes oder des Vermächtniserwerbes hat. Zum Beispiel: was condicionis implendae causa empfangen wird (Titius empfängt 10 von Maevius, weil Maevius zum Erben eingesetzt ist unter der Bedingung: si Titio decem dederit).

Auch die mortis causa donatio (oben S. 242) fällt unter den Gesichtspunkt der mortis causa capio. Sie wird zwar nicht aus der Erbschaft, sondern im letzten Augenblick des Lebens des Verstorbenen erworben, ist daher auch von der Antretung der Erbschaft unabhängig, steht aber doch grundsätzlich unter Vermächtnisrecht, weil sie den Nachlafs mindert und insofern mittelbar eine Verfügung über den Nachlafs darstellt. Eine mortis causa donatio wird gültig, auch wenn sie das Schenkungsmafs (oben S. 242) übersteigt, in Kodizillarform errichtet (also ohne gerichtliche Insinuation). Sie unterliegt dem Abzug der Quarta Falcidia seitens des eingesetzten Erben und steht auch darin dem Vermächtnis gleich, dafs sie Zahlungsfähigkeit der Erbschaft voraussetzt, also nur dann gültig ist, wenn nach Abzug der Schulden entsprechendes Vermögen übrig bleibt[1]. Die Befriedigung der Nachlafsgläubiger ist stets die vornehmste Aufgabe des Nachlasses. Die Grofsmacht des übrigen Privatrechts ist der Eigentümer, die Grofsmacht des Erbrechts aber der Gläubiger.

[1] Das B.G.B. behandelt die donatio mortis causa anders als das römische Recht. Ist die Zuwendung, welche mortis causa, d. h. unter der Bedingung, dafs Empfänger den Schenker überlebt, gemacht wird, durch Leistung vollzogen, so gilt Schenkungsrecht, d. h. das gleiche Recht wie für bedingte Zuwendung unter Lebenden. Ist aber die Zuwendung nur versprochen, so wird das Schenkungsversprechen als Erbvertrag (Vermächtnisvertrag), also als erbvertragsmäfsige Zuwendung aus dem Nachlafs behandelt, B.G.B. § 2301.

Register.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten; A bedeutet: Anmerkung.

Berichtigung.

Seite 632 Zeile 7 des Textes von unten ist statt § 115 a. E. zu lesen: § 112 a. E.

Piererache Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

